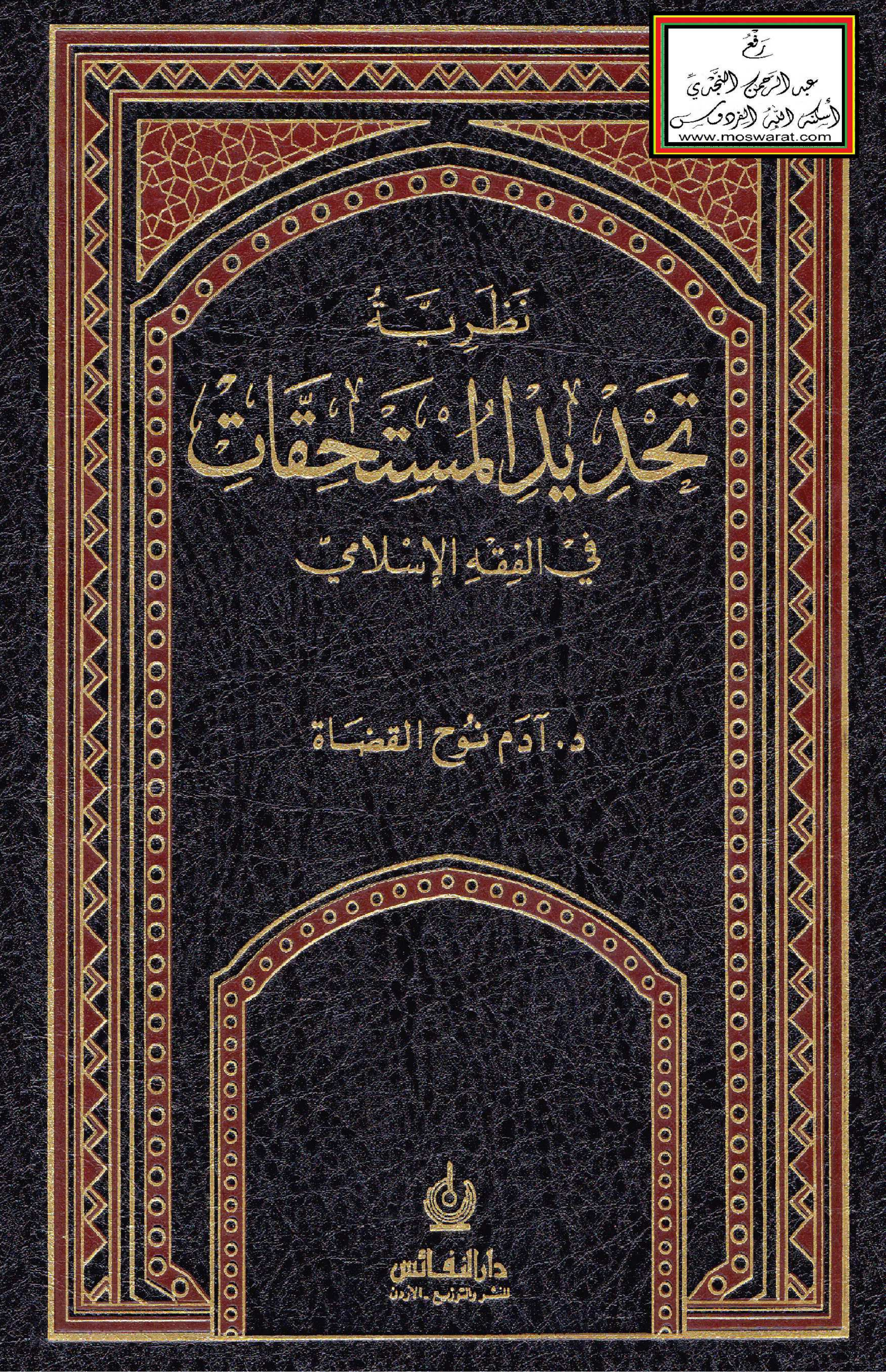


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com
نظرية
تحديد المستحقات
في الفقه الإسلامي
د. آدم نوح القضاة
دار النفائس
للنشر والتوزيع - الأردن

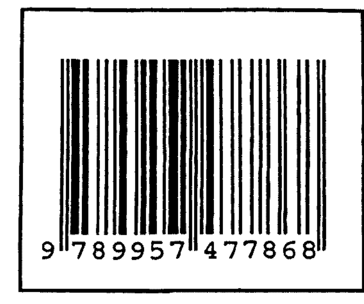

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

نظرية
تحديد المستحقات
في الفقه الإسلامي

١٤٣٠هـ-٢٠١٠م

الطبعة الأولى

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
٢٠٠٩/٤/١٣٩٨





دار النفائس
للنشر والتوزيع-الأردن

العبدلي - مقابل مركز جوهرة القدس
ص.ب 927511 عمان 11190 الأردن
هاتف: 5693940 6 00962
فاكس: 5693941 6 00962
Email: alnafaes@hotmail.com
www.al-nafaes.com

نظرية تحديد المستحقات في الفقه الإسلامي

د. آدم نوح القضاة
أستاذ مشارك في الفقه الإسلامي
كلية الشريعة - جامعة اليرموك



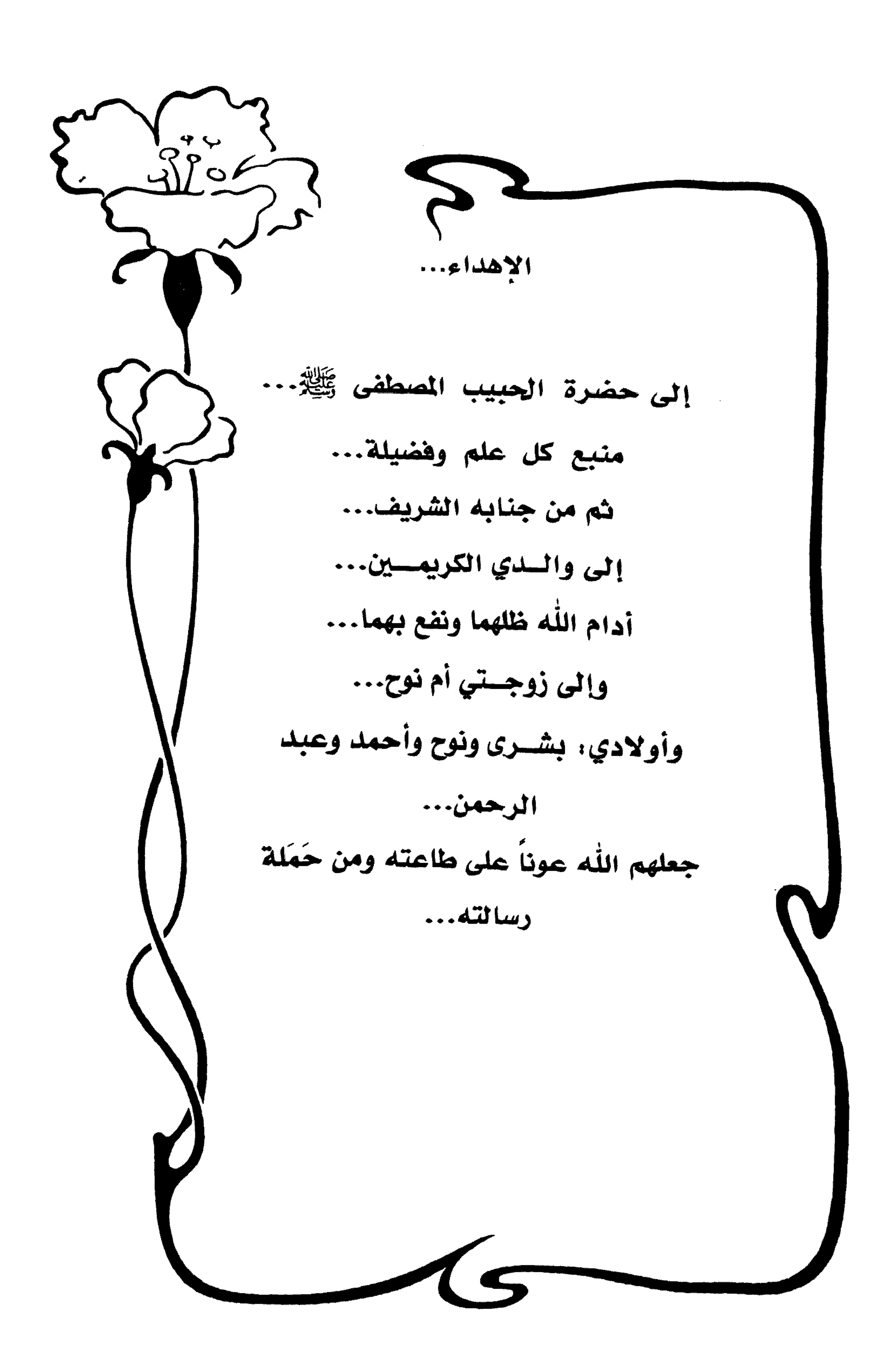
دار النفائس
للنشر والتوزيع - الأردن

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا
تَرْضَىٰهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِيٓ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ ٱلْمُسْلِمِينَ ﴿١٥﴾﴾ [الأحقاف: ١٥]

هذا الكتاب

أصل هذا الكتاب رسالة علمية حاز بها المؤلف درجة الدكتوراه (العالمية) في الفقه وأصوله بتقدير (ممتاز) من الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا،وقد أجيزت....



الإهداء...

إلى حضرة الحبيب المصطفى ﷺ...

منبع كل علم وفضيلة...

ثم من جنابه الشريف...

إلى والـــدي الكريمــــين...

أدام الله ظلهما ونفع بهما...

وإلى زوجـــتي أم نوح...

وأولادي: بشـــرى ونوح وأحمد وعبد

الرحمن...

جعلهم الله عوناً على طاعته ومن حَمَلة

رسالته...

ملخص

يقوم هذا البحث على دراسة أحد أركان الحق وهو المُستَحَق (محل الحق)، وبالأخص تحديده؛ لمعرفة المفاهيم التشريعية العامة التي تحكم هذا الموضوع من جوانبه المختلفة، التي نجدها مفرقة وغير محررة في المدونات الفقهية المتداولة، إن مجموع هذه المفاهيم -التي يحاول الباحث التوصل إليها- هو الذي يشكل "نظرية تحديد المستحقات".

اتخذ الباحث من "نظرية الحق" في الفقه الإسلامي إطاراً عاماً للنظر والتحليل، واتبع المنهج الاستقرائي لتتبع الفروع والقواعد الفقهية -التي تتعلق بموضوع الدراسة- في كتب الفقه وكتب القواعد الفقهية، ثم استخدم المنهج التحليلي، لاستخراج المبادئ التشريعية التي يمكن أن تُرَد إليها هذه الفروع والقواعد، مع عرض نتائج التحليل هذه بصورة منظمة، تساعد على إعطاء الموضوع صورة كلية.

توصل الباحث إلى بيان مجموعة من المفاهيم العامة التي تتعلق بالمستحقات وتحديدها، فمن خلال التعريف الذي اختاره للمستحق، تم توضيح الفرق بين مفهوم «المستحق» ومفهوم «موضوع الحق»، فالمستحق هو ما ترد عليه السلطات الممنوحة بموجب الحق، في حين أن موضوع الحق هو السلطات نفسها التي منحت بموجب الحق. وفي الجانب المتعلق بدراسة التحديد تم التوصل إلى معرفة نوعين رئيسيين من التحديد كما يعرضهما الفقه الإسلامي، الأول هو التحديد التشريعي الذي حقيقته حكم فقهي عام ينطبق على الصور المختلفة للمستحقات التي تدخل ضمن نطاقه، والثاني هو التحديد التنزيلي الذي ينشأ من تطبيق قاعدة من قواعد التحديد العامة على مستحق ثبت دخوله ضمن نطاقها.

إن التمييز بين المفاهيم العامة لهذه النظرية يفيد التشريع الإسلامي في أمرين: أولهما: إقامة التحديد على صورة تتناسب مع مقاصد الشريعة الإسلامية منه، وثانيهما: تنظيم تصرفات المكلفين حال ممارسة السلطات الممنوحة لهم بموجب الحقوق المختلفة، ولا يتحقق هذا بصورة تامة إلا بإفساح المجال للاجتهاد في ضبط وتكييف هذه المفاهيم بما يتناسب مع اختلاف الوقائع والظروف التي تجري خلالها.



مقدمــة الرســالة

الحمد لله الملك العلام، المتفضل بجوده على الدوام، الذي أراد لنا أن نكون خير أمةٍ أخرجت للأنام، فاصطفى لنا من الدين شريعة الإسلام، واختصها بالخلود والتمام، فجعل فيها موضعاً للعقول والأفهام، حتى غدت ينبوع خير وأمن وسلام، لا تضرها دولة الأيام، ولا اختلاف أهل العناد والخصام، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا وحبيبنا وشفعينا محمد وعلى آله وصحبه الأعلام، وبعد:

فإن الناظر في فقهنا الإسلامي لابد أن يستوقفه تنوع المناهج التي يتناول من خلالها المشتغلون بالفقهِ ومباحثه أبوابَ هذا العلم ومسائله، ذلك التنوع الذي تشكل بفعل عوامل ذاتية وتاريخية توالت عليه، فاستجاب لها هؤلاء الباحثون على اختلاف مستوياتهم ومشاربهم الفكرية والاجتهادية، رغبة منهم في إيصال هذا العلم الإسلامي الخالص إلى المستوى الذي يستحقه بين عامة الناس وخاصتهم، مما أتاح له أن يكون حيّاً بينهم متواصلاً معهم.

ولم يكن واقعنا الفقهي المعاصر بمنأىً عن هذه الاستجابة، فظهرت مناهج البحث والتأليف التي لم تكن معروفة من قبل، وكان من أهمها التنظير الفقهي، الذي يُعنى باستخراج النظريات الفقهية العامة التي تَحكم جزئيات الفقه المبثوثة في أبوابه المختلفة، فتُحكم صلة بعضها ببعض في تكامل ذهني مجرّد.

ولقد تنادى الباحثون (1) في بداية هذا العصر إلى سلوك هذا المنهج؛ حرصاً منهم على تحقيق مجموعة من الأهداف والغايات، والتي من أهمها ما يلي:

---

(1) انظر: الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (دمشق: دار الفكر، ط6، د.ت) ج1ص250-251. عطية،جمال الدين، التنظير الفقهي (المدينة المنورة: مطبعة المدينة، د.ط، 1987م) ص210.

١-إن إبراز النظريات الفقهية يساعد على فهم الشريعة الإسلامية بصورتها الصحيحة، ويعيد إليها مكانتها التشريعية التي تستأهلها في مقدمة النظم التشريعية المختلفة "ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها؛ لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي والشمول وفي مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث"[1].

٢-إن دراسة النظريات الفقهية تعطي تصوراً كلياً للفقه الإسلامي؛ إذ فيها "يتجلى للمتأمل إحكام الربط بين الحكم الشرعي ومصادره والأصول أو النظريات الفقهية التي فهمها المجتهدون من مصادر الشريعة التي اتخذوها نبراساً لهم في اجتهادهم"[2].

٣-"إن مطالعة هذه النظريات الأساسية، بعد طلوعها من مكانها وراء فروع الأحكام، تعطي الطالب ملكة فقهية عاجلة تؤهل فكره وتعينه على مدارك الفقه، وقد كان يحتاج في اكتسابها إلى زمن طويل..."[3].

٤-إن بحث هذه النظريات واستخراجها يساهم في تطوير جانب مهم من الفقه الإسلامي إذ " القانون العام في الفقه الإسلامي أقل تطوراً من القانون الخاص، فهو لا يزال في مراحله الأولى لم يقطع شوطاً كافياً في ميدان التقدم..."[4].

٥-إن إعادة بناء الفقه الإسلامي على صورة نظريات يوجد الأرضية المشتركة التي

---

(١) هذا نص كلام الأستاذ عبد الرزاق السنهوري. نقلاً عن: الزرقا، المدخل، ج١ص٢٢١.

(٢) الزحيلي، وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته (دمشق: دار الفكر، ط٣، ١٩٨٤م) ج٤ص٥ بتصرف يسير.

(٣) الزرقا، المدخل، ج١ص٢٣٦.

(٤) السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤١٧هـ) ج١ص٣٧ هامش.

تساهم في تحسين فهم الباحثين من غير المسلمين له، مما يجعله من أهم مصادر القانون المقارن في العالم كله"[1].

والنظرية التي تتناولها هذه الرسالة قد انطلقت من المعطيات السابقة، فقد جاءت فكرة الكتابة في نظرية من نظريات الفقه كبحث لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله محاولةً مني للوصول إلى الأهداف التي ذكرت، مستصحباً في ذلك رجاء العون والتوفيق من الله تعالى، وشروعاً في ذلك أقول:

إن أي تشريع لا يمكن أن يحقق الهدف الذي وضع من أجله – وهو تنظيم أمور الناس بما يضمن القدر الأكبر من مصالحهم- إلا إذا اتسم بأمرين : المعقولية والوضوح.

أما الأمر الأول: فتضمنه المبادئ الأساسية التي يسعى ذلك التشريع إلى تحقيقها، بربط أحكامه التفصيلية بها ، بحيث تغدو كلاًّ متكاملاً يصدق بعضه بعضاً، وهذا ما يسمى بفلسفة التشريع.

وأما الأمر الثاني : فيضمنه ربط أحكام ذلك التشريع بعلامات ظاهرةٍ منضبطةٍ تمكِّن المخاطبين بذلك التشريع من معرفة ما لهم وما عليهم بسهولة ويسر، فلا يوكلون إلى اجتهاداتهم الشخصية في تحديد ذلك ؛ لما في هذا من عودٍ على أصل التشريع بالنقض.

ولم يكن التشريع الإسلامي – وهو التشريع الإلهي غايةً ووسيلةً – خلواً عن هذين الأمرين: أما معقوليته فظاهرة لمن يتتبع مقاصد الشارع في أحكامه الكلية والجزئية، وأما وضوحه فيظهر من ارتباط أحكامه التفصيلية بالأوصاف

---

(١) E. Hill, "Al-Sanhuri and Islamic Law", Arab Law Quarterly (ALQ), 3 (1) 1988, p. 205.

الظاهرة المنضبطة تشريعاً وتنـزيلاً[1].

وبحثي هذا سيكون -إن شاء الله - ضمن السياق الثاني، وذلك لأنه يقوم على بيان: المنهجية العامة التي سلكتها الشريعة الإسلامية في ضبط وتحديد محل الحق، وما يترتب على ذلك من أحكام.

وبيان ذلك أن الشريعة الغراء لا تثبت لأحدٍ حقاً أو على أحدٍ واجباً، إلا وتبين مع ذلك حدودَ هذا الحق، سواءٌ ما يتعلق منها بذات الحق أو محله، وهذه الحدود هي التي تضبطه وتميزه عن غيره، بما يضمن عدم اختلاط الحقوق بعضها ببعض، أما الحدود المتعلقة بذات الحق فلا تعنيني بشكل رئيسي في هذه الرسالة،وإنما يعنيني الأمر الآخر وهو الحدود المتعلقة بالمحل، سواءٌ كانت متعلقة بنفس محل الحق، مثل: الحدود المعرفة بذاته و صفاته، أو متعلقةً بلوازمه، مثل: الحدود المبينة لزمانه و مكانه.

مشكلة البحث:

بناءً على ما تقدم فإن مشكلة البحث تتمثل في: استقراء هذه المحددات من: نصوص الكتاب والسنة، والقواعد الفقهية، والأحكام التفصيلية ، ودراستها، وإعادة تشكيلها وترتيبها؛ لتخرج على صورة نظرية ذات أركان و أحكام وتطبيقات.

وذلك أن هذه المحددات مبثوثة في أبواب الفقه المختلفة عند كل حق بعينه، غير أن الناظر فيها بإمعان يجد أنها تسير على نسق واحد في كثير من خصائصها ووظائفها التشريعية. لذلك فهي تحتاج إلى دراسة تجمع مفرداتها لتبرزها على شكل موضوع مستقل متكامل.

---

(١) انظر في هذا المعنى: ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة (د.م: البصائر للإنتـاج العلمـي، ط١، ١٩٩٨م) ص٣٠٦، عند قوله: "مقصد الشريعة تعيين أنواع الحقوق لأنواع مستحقيها".

أسئلة البحث :

قام الباحث من خلال هذه الدراسة بالإجابة على السؤال التالي: ما هي المنهجية العامة التي سار عليها الفقه الإسلامي في بيان حدود المستحقَّات الشرعية لأصحابها؟ وفي سبيل الإجابة على هذا السؤال لابد من الإجابة على الأسئلة التالية:

١-ماذا يقصد بتحديد المستحقَّات؟ ولماذا استحق هذا الموضوع أن يكون نظريةً؟

٢-ما أنواع المستحقَّات؟ وما أسباب ثبوتها؟

٣-ما الصيغ الفقهية التي ظهرت بها أنواع التحديد؟ ومن المرجع في بيان هذه المحدِّدات ؟ وما مدى سلطانه في ذلك؟

٤-كيف حددت الشريعة الإسلامية المستحقَّات تحديداً يميز بعضها عن بعض، ويجعلها واضحةً لأطراف الحق؟ وما وسائلها إلى ذلك؟

٥-ما الأحكام المترتبة على التزام المكلف بحدود ما شرع له أو عدم التزامه؟ وما دور الاجتهاد في تقرير هذه الأحكام، وسائر مبادئ النظرية؟

إن مجموع الإجابات على هذه الأسئلة في هذه الرسالة يُتوقع له أن يعتبر إضافة علمية لأسباب عديدة أهمها:

١- أنه بحث في التشريع الإسلامي بصورة كلية، عن طريق دراسة فروع فقهية ذات صلة بموضوع واحد – هو هنا تحديد المستحقات – للتوصل إلى النظام الذي حكمها، وإبراز الفقه بهذه الصورة يؤكد النظرة التشريعية الكلية التي يتسم بها هذا العلم.

٢- ثم إن طريقة تناول هذا الموضوع ستكون بصيغة النظرية، وقد سبق بيان ما لنظريات الفقه الإسلامي من أهمية في فهم هذا التشريع، و إعطاء صورة واضحة عن مناهج التقنين فيه.

أما صلب الموضوع وهو: تحديد المحل في الحقوق الشرعية المختلفة فهو يدخل ضمن ربط الأحكام الشرعية بأوصاف ظاهرة، وهذا يُعد رديفاً لا ينفك لبناء هذه الأحكام على المعاني والمقاصد[1]، لذا فإن مراعاة كلا الجانبين، وفهم العلاقة التي تربطهما أمر ضروري لكل فقيه ومجتهد.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التحديد ووسائله والأحكام المترتبة عليه تشكل نظاماً حقوقياً متكاملاً مبثوثاً في الفقه الإسلامي عامةً، غير أنه بحاجة إلى صياغة على صورة متكاملة تجمع شتاته في حيز واحد، وتيسر اطلاع طلاب العلم عليه.

فإن الفقيه أو المجتهد عندما يثبت حقاً لجهةٍ أو عليها، لا بد له من أن يبين ماهية هذا الحق، وحدود المحل الذي يرد عليه؛ بما يكفل سلامة تطبيقه على أرض الواقع، ويكفل تحقيقه للمقصد الذي شرع من أجله، و هذا التحديد له وسائل وتترتب عليه أحكام هي قوام النظرية محل البحث.

منهج البحث:

اتبع الباحث في دراسته لهذا الموضوع المنهج التحليلي؛ كونه يتناسب مع طبيعة البحث، حيث سيقوم بجمع المادة الأساسية – والمتمثلة في الفروع الفقهية – التي يقوم عليها البحث، من مصادرها المعتمدة ثم تحليلها تحليلاً علمياً ؛ لمعرفة أوجه التشابه بينها وكذا القواعد التي تحكمها، بغية الوصول إلى نتائج علمية ذات صبغة كلية.

---

(١) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص٢٦٥ – ٢٦٨.

الدراسات السابقة:

إن دراسة موضوع تحديد المستحقات على صورة نظرية فقهية متكاملة لا يعني أنها طرح علمي مستحدث بالكامل ،وذلك لأنها تعتمد في مستوى المنهج وفي مستوى المادة الأساسية لها على دراسات سابقة عديدة.

أما منهج البحث القائم على صياغة نظرية فقهية، فيعتبر كتاب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري "مصادر الحق والالتزام في الفقه الإسلامي" وكتاب الأستاذ مصطفى الزرقا "المدخل الفقهي العام" من أوائل الكتب التي أنضجت مفهوم النظريات الفقهية.

ففي الكتاب الأول[1] يناقش الأستاذ السنهوري الأسباب التي أدت إلى عدم صياغة نظريات فقهية كما هو الحال في القانون، ويرى أن الحاجة ملحةٌ إلى ظهور هذا النوع من الدراسات لتدفع الفقه الإسلامي إلى مرحلةٍ جديدةٍ على مستوى الصياغة والتداول التشريعي. ثم يأتي كتاب الأستاذ الزرقا ليضع أول تعريف للنظرية الفقهية[2]، مع تأكيدٍ على مكانتها التشريعية واستعراضٍ لنماذج عديدة منها.

ثم يأتي كتاب الدكتور جمال الدين عطية "التنظير الفقهي" ليتوج أعمال كل من سبقوه، فيطرح من خلال كتابه هذا جملة من القضايا التي لم تبحث من قبل، مثل: أساليب التوصل إلى النظرية الفقهية[3] ، وترتيب النظريات الفقهية ومراتبها ضمن النظرية العامة للشريعة الإسلامية، هذا بالإضافة إلى استعراض مناهج التنظير الفقهي القديمة والمعاصرة، ليخلص بعد ذلك ضمن "رؤية مستقبلية" إلى أن الفقه الإسلامي

---

(١) انظر: السنهوري، مصادر الحق، ج١ص٧-٨، ص٣٧، ج٢ص١٢٩.

(٢) راجع: الزرقا، المدخل، ج٢ص٢٣٥.

(٣) عطية، التنظير الفقهي، ص٩.

ما يزال مملوءاً بالنظريات التي تحتاج إلى تعميق نظر في سبيل الوصول إليها و إخراجها إلى حيز الوجود[1].

أما كتاب الدكتور عمران أحسن خان [2] فقد جاء ليدفع بمنهج البحث التنظيري الفقهي إلى مجال مختلف، وهو أصول الفقه، لكنه مهد لنفسه ابتداءً بمجموعة من الأسئلة في ذات المنهج، حول أمور مثل: مدى وجود نظريات في الفقه الإسلامي، وعن علاقة النظرية بالممارسة.

إن هذه الكتابات على اختلاف الجوانب التي عالجتها قد شكلت الإطار العام لمنهجية هذا البحث؛ لكي يأتي منسجماً مع أهدافه، مكملاً لمسيرة الفقه الإسلامي في هذا الاتجاه الخاص، والذي يستفاد من مجموع هذه الدراسات: أن بناء النظرية الفقهية يستلزم مواصفات عديدة في منهج الدراسة وفي طبيعة المادة العلمية التي تبنى منها تلك النظرية.

فعلى مستوى المنهج يشترط قيام العناصر التالية: **أولاً**: نطاق محدد تعمل فيه النظرية وتلتزم بمفرداته، فنظرية العقد مثلاً نطاقها العقود الشرعية بأنواعها المختلفة فلا يتوقع منها أن تتعرض لأي مفردة خارج هذا الإطار. **ثانياً**: انتقال ذهني من جزئيات هذا النطاق إلى حقائقه الكلية لتتكون مفاهيم النظرية العامة "إذ الجزئي يتضمن مفهوم كلِّيِّه كملاً"[3] **ثالثاً**: تنظيم وترتيب منطقي للحقائق السابقة، على صورة أركان وشروط وغير ذلك مما تستلزمه كل نظرية حسب نطاقها، فالنظرية

---

(١) انظر: المرجع السابق، ص٢١٠.

(٢) I. A. K. Nyazee, Theories of Islamic Law (Islamabad : IIIT, 1994) pp. 9-17

(٣) الدريني، محمد فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٤، ١٩٨٨م) ص٧.

الفقهية" أركان وشروط وأحكام تقوم بين كل منها صلة موضوعية"[1]. **رابعاً**: غاية معينة تسير نحوها تلك الحقائق بذلك الترتيب، كبيان الفكرة التشريعية العامة" التي تحكم عناصر ذلك النظام"[2].

وعلى مستوى المادة العلمية لابد من قيام شرطين: **الأول** : أن تكون هذه المادة مبثوثة في عدد كبير من الأبواب الفقهية، وهذا ما عبر عنه الأستاذ الزرقا بقوله: "مبثوثة كانبثاث الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني"[3]. **الثاني**: أن تقوم بين جزئيات هذه المادة صلة موضوعية واضحة.

ويمكن التأكد من توافر العناصر المنهجية السابقة في "نظرية تحديد المستحقات" من خلال مطالعة الهيكل العام الذي بنيت عليه هذه النظرية، حيث يمكن ملاحظة العناوين الفرعية التي يتشكل منها، إذ هي ليست حشداً للفروع والقواعد الفقهية في صعيد واحد، وإنما هي أحكام مجردة مبنية على تلك الفروع والقواعد ومرتبة بطريقة تضمن تسلسلها المنطقي و إيضاحها للفكرة المرجوة منها. ثم إن الطريقة التي تناول بها بعض الباحثين السابقين هذا الموضوع -وهذا ما ستسعى الفقرات القادمة لإيضاحه- تنبئ عن هذا الأمر بكل وضوح.

أما المادة الأساسية للبحث فقد عالجتها مجموعة من الدراسات السابقة ولكن بطرق مختلفة، يمكن إرجاعها إلى صور رئيسية أربعة:

الأولى: الأحكام الفقهية الجزئية كما توردها كتب الفروع الفقهية على اختلاف مذاهبها وطرق تأليفها، فقد تحدثت هذه الكتب في أبوابها المختلفة عن أنواع الحقوق

---

(١) الندوي، علي بن أحمد، القواعد الفقهية (دمشق: دار القلم، ط١، ١٩٩٤م) ص٦٣.

(٢) الزرقا، المدخل، ج١ص٢٣٥.

(٣) الزرقا، المدخل، ج١ص٢٣٥.

والمستحقات الثابتة بثبوتها، وعن حدود كل منها، وما يترتب على ذلك من أحكام.

غير أن ما أوردته هذه الكتب - وهو ما يصعب استقصاؤه هنا - يعاني من إشكالات ثلاثة هي: انبثاثه في شتى أبواب الفقه عند كل حق بعينه، وتعدد الاصطلاحات الدالة عليه كمفهوم عام، واستتاره خلف صورة الحكم الفقهي الخاص، وهذه الإشكالات الثلاثة تحول دون الوصول إلى الفكرة التشريعية العامة -التي تحاول هذه الدراسة إبرازها وتطويرها- من خلال هذا النوع من الدراسات الفقهية.

لذا فقد قام الباحث بتتبع الفروع الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع، وبيان القواعد التشريعية التي تحكمها؛ في سبيل تجاوز هذه الإشكالات، فعند بحثي لجزئية مثل: تحديد المستحق بناءً على دلالة لفظ المكلف-مثلاً- لم أحشد الأمثلة التي ضربها الفقهاء في الأبواب ذات الصلة - مثل : ألفاظ العقود وألفاظ الطلاق وألفاظ الأيمان والنذور وما شابه- لكنني قمت بالبحث عن القواعد الجامعة التي استند إليها الفقهاء في تفسير هذه الألفاظ وبيان المراد منها، وهكذا في سائر مباحث هذه الرسالة .

الثانية: صورة القواعد و الضوابط الفقهية، كما تطرحها كتب القواعد، والأشباه والنظائر، والفروق. والتي أذكر منها على سبيل المثال: " الأشباه والنظائر" لزين الدين ابن نجيم الحنفي، و "شرح القواعد الفقهية" لأحمد الزرقا، و"القواعد" للمقري المالكي، و"الفروق" للقرافي المالكي، و"الأشباه والنظائر" لابن السبكي والسيوطي الشافعيين، و"القواعد" لابن رجب الحنبلي، و "موسوعة القواعد الفقهية" للبورنو من المعاصرين.

وهنا تبدو معالم الفكرة موضوع الدراسة أكثر وضوحاً مما هي عليه في كتب الفروع، وذلك من خلال مجموعات عديدة من القواعد والضوابط التي تناولت جوانب متعددة منها، إذ الشأن في القاعدة والضابط أن يعنيا بالفكرة الجامعة أكثر من

عنايتهما بعرض الجزئية المتفرعة.

فعند استعراضي -مثلاً- كتاب الأشباه والنظائر للإمام السيوطي الذي حوى خلاصة القواعد الفقهية في المذهب الشافعي ، وجدت فيه مجموعة مهمة من القواعد التي تهم البحث، مثل :

" كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف"(١)فهذه القاعدة كشفت لي عن ثلاثة مصادر لبيان المحددات -وهي التي عالجتها في الباب الثالث من هذا البحث- وهي الشرع واللغة والعرف، كما كشفت لي عن ترتيبها أيضاً.

"مقدرات الشريعة أربعة أقسام: ما يمنع فيه الزيادة والنقصان... وما لا يمنع فيه أي منها... وما يمنع فيه الزيادة دون النقصان... وما يمنع فيه النقصان دون الزيادة"(٢) ففي هذه القاعدة إشارة إلى أحد تقسيمات التحديد -وهي التي عالجها الباب الثالث- من حيث صحة الزيادة أو النقصان منه.

و باستعراضي القواعد الفقهية التي صدِّرت بها "مجلة الأحكام العدلية"، وجدت مجموعة مهمة من القواعد التي تهم البحث أيضاً، مثل:

"الأصل في الكلام الحقيقة" [م/ ١٢] و" لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح" [م/ ١٣] و" دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه" [م/ ٦٨] و"إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع" [م/ ٤٦] و "إعمال الكلام خير من إهماله" [م/ ٦٠].

فهذه القواعد وغيرها كشفت لي عن جانب من جوانب النظرية وهو المتعلق

---

(١) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر (د.م: دار الكتب الإسلامية، د.ط، د.ت) ص٦٩.

(٢) المرجع السابق، ص٢٢٨.

بألفاظ المكلف كمصدر من مصادر التحديد ووسيلة له أيضاً، فهي تبين الأسس التي يرجع إليها في تفسير هذه الألفاظ، وبيان المدى الذي يمكن أن تعمل فيه.

غير أن كتب القواعد الفقهية هذه تعتبر قاصرة عن أداء ما قامت به هذه الرسالة بخصوص هذه النظرية، وذلك لسببين: عدم شمولية القواعد والضوابط الفقهية لجميع أركان النظرية، وعدم انتظام هذه القواعد في سلك واحد يبرزها على الصورة المرادة.

الثالثة: باعتبارها جزءاً من نظرية الحق في الفقه الإسلامي ، كما تطرحها الكتب التي بحثت في نظرية الحق.

وبيان ذلك أن نظرية الحق في الفقه الإسلامي تقوم على بيان أمور عديدة تتعلق بالحق كمفهوم عام مثل : تعريفه ، وأركانه ، وأقسامه ، و أحكامه ... الخ . أما أركانه فهي: صاحب الحق ، ومن عليه الحق، والمستحَق ، ويطلق عليه أيضاً محل الحق ، وهذا الركن الأخير هو الذي يمثل النطاق العام للنظرية محل البحث. وأما تقسيمات الحق فهي متنوعة لاعتبارات مختلفة، يهمني منها هنا تقسيمه باعتبار التحديد أو التعيين، فتحت هذا التقسيم نجد أنواعاً مختلفةً من التحديد منها: التحديد الواقع على الشيء المستحق و التحديد الواقع على القدر المستحق، وهذه هي الفكرة الأساسية للنظرية. كما أن فكرة التحديد هذه تُعالج أيضاً في أبواب أخرى من المباحث المتعلقة بالحق، كالمعقود عليه ومحل الالتزام بوصفها شرطاً في كل منهما.

فإذا ثبت ما سلف علمنا من جهة أن النظرية التي بين أيدينا هي جزء من نظرية الحق كونها تبحث في ركن من أركانه، وعلمنا من جهة أخرى أن الربط بين التحديد والمستحقات إنما جاء نابعاً من طبيعة النظر إلى الحق وأقسامه وأركانه.

أما عن مدى وضوح هذه الفكرة ونضوجها في الدراسات التي تناولت نظرية

الحق فهذا ما سأوضحه فيما يلي:

من أوائل الكتب التي بحثت في موضوع الحق: كتاب الأستاذ مصطفى الزرقا : "المدخل الفقهي العام"، فقد خصص الجزء الثالث منه لدراسة "نظرية الالتزام العامة" والتي مهد لها بفصل خاص عن الحق، بدأه بتعرف الحق وشرح هذا التعريف ونقد التعريفات السابقة له... ومع أنه لم يذكر أركان الحق صراحة ومن ضمنها المستحق (محل الحق) إلا أنه في معرض حديثه عن الحق العيني والحق الشخصي، بين أن من العناصر البارزة في كلا النوعين: المحل[١]. ثم تعرض لذكر المستحقات مرة ثانية في معرض التمييز بين محل الحق المعين بذاته ومحل الحق غير المعين بذاته، فأوضح أن الأول يكون من قبيل الأعيان وأن الثاني يكون من قبيل الديون[٢].

و هاتان الإشارتان على بساطتهما فيهما دلالة كبيرة تهم الفكرة: ففي الأولى إشارة إلى ضرورة المستحق بالنسبة إلى الحق إذ هو ركن من أركانه، وفي الثانية بيان للتكييف الفقهي للمستحقات المالية.

أما الشق الآخر من الفكرة وهو التحديد فقد تعرض له الأستاذ الزرقا ضمن حديثه عن محل الالتزام[٣] ، الذي قال: إن من شروطه أن يكون معلوماً، ومعلوميته[٤] لا تكون إلا بتحديده تحديداً رافعاً للجهالة على حد تعبير الفقهاء.

---

(١) الزرقا، المدخل، ج٣ص١٨، وقد عاد المؤلف فأكد هذا القول في موضع آخر من كتابه ج٣ص٥١.

(٢) المرجع السابق، ج٣ص١٩.

(٣) يرى المؤلف أن الحق الشخصي يقابل الالتزام، وبناءً على ذلك فإن عناصر الحق "هي بذاتها عناصر الالتزام غير أنها تحمل هنا أسماءً أخرى... فيسمى الشيء الذي يتعلق به الفعل(أي محل الحق) محل الالتزام". المرجع السابق، ج٣ص٥١.

(٤) المرجع السابق، ج٣ص٧٨-٧٩.

مما سبق يظهر أن ما ورد في هذا الكتاب لا يعدو أن يكون مفاهيم عامة ساعدت في تشكيل الإطار العام للفكرة، لكنها لا تلج في صميمها ولا تنهض بجميع مقوماتها.

وعند تتبعي لهذه الفكرة في كتاب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري "مصادر الحق والالتزام" وجدته قد تعرض لبحث العديد من جوانبها في كتابه هذا، فقد خصص الجزء الثالث منه للحديث عن محل الالتزام[1] -هكذا عنون له- غير أنه لم يتحدث إلا عن محل العقد، وقد علل صنيعه هذا بقوله:

"محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، ونرى من ذلك أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد، ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد، فإن محل الالتزام غير التعاقدي يتولى القانون تعيينه، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوفٍ للشروط، أما محل الالتزام التعاقدي فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه، فوجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون"[2].

وهذا الذي ذهب إليه المؤلف متوافق مع منهج البحث الذي اختطه لنفسه في كتابه هذا، ومتوافق أيضاً مع تعريفه للحق بأنه: "مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون"[3]،غير أن الباحث يرى أن محل الحق في الفقه الإسلامي أوسع من ذلك بكثير، وأن أسباب ثبوت المستحقات ليست هي العقد فقط، فهناك المستحقات الثابتة بحكم الشرع، وبالتصرف الانفرادي، وبالفعل الضار، وبالتعدي على حق الغير.

---

(١) يرى الأستاذ السنهوري أن الالتزام هو بذاته الحق الشخصي، وهو بذلك ينحى منحى القانونيين، أما الفقهاء المعاصرون فلهم في ذلك توجهات أخرى. انظر: مصادر الحق، ج١ ص٣٦.

(٢) المرجع السابق، ج٣ص٥.

(٣) المرجع السابق، ج١ ص٧.

ثم إن هذه المستحقات منها ما هو معين ومحدد بحكم الشرع ابتداءً-كما أشار الأستاذ السنهوري- ومنها ما ترك الشرع تحديده لمراجع أخرى ضمن صلاحيات عامة أعطيت لها، أما النوع الأول فكونه محدد ابتداءً لا يمنع دراسته ولا تتبع منهج التشريع فيه وفي تحديده، وأما النوع الثاني فشأنه شأن محل العقد لا بد من معرفة مدى الصلاحيات الممنوحة لصاحب الولاية عليه في تعيينه وتحديده.

ومع هذا الاختلاف في منحى الدراستين إلا أن الباحث قد اعتبر ما أورده المؤلف من مباحث تتعلق بمحل العقد من أسس هذا البحث إذ إنها تغطي مساحة واسعة مما ينطبق عليه مفهوم المستحقات بالمعنى الذي ارتضاه في البحث.

أما فكرة التحديد فقد نهج الأستاذ السنهوري فيها المنهج ذاته من حيث اقتصاره على تتبعها في مجال العقد فقط. وجاء حديثه عنها في موضعين: الأول: ضمن الفرع المخصص للبحث في تعيين محل العقد(1)، وقد أشار في هذا الفرع إلى جملة من وسائل التعيين (التحديد) كالإشارة والوصف والرؤية، وبين أيضاً جملة من الأحكام الفقهية المترتبة على ذلك. الثاني: في المبحث المخصص للبحث تفسير العقد وتحديد المعقود عليه(2)، ومعظم ما جاء فيه مستمد من كتب القواعد الفقهية، من غير إضافات جوهرية.

خلاصة ما سبق: أن فكرة تحديد المستحقات قد جاءت عند الأستاذ السنهوري في نطاق أضيق من نطاق النظرية التي قمت بدراستها وبحثها، غير أن ذلك لم يمنع الاستفادة منها كونها تغطي جانباً مهماً من جوانبها.

من الدراسات الأخرى التي أفادت في تشكيل هذه الفكرة: كتاب الأستاذ فتحي

---

(1) المرجع السابق، ج٣ص٤٦ وما بعدها.

(2) المرجع السابق، ج٦ص٢٧ وما بعدها.

الدريني "الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده"، ومع أن هذه الدراسة تبحث في "فكرة الحق وطبيعته" [1]كمقدمة لنظرية التعسف إلا أن فيه إشارة مهمة إلى بعض مفاهيم النظرية، حيث إن المؤلف- في معرض تعريفه للحق- فصل وبوضوح بين مضمون الحق ومحله (المستحق)، فأثبت أن "مضمون الحق: ما يخوله الحق لصاحبه من سلطات لممارسته..." في حين أن محله هو الشيء "الثابت استيفاؤه شرعاً بمقتضى الحق" [2]و في هذا الفصل توجيه مهم للنطاق العام للنظرية، بإرساء مفهوم واضح للمستحقات، لأن بعض الباحثين في الحق قد تجوَّز في إطلاق لفظ الحق على المستحق، حتى غدا مفهوم كل منهما مختلطاً بالآخر[3].أما كتابه الآخر "نظرية التعسف في استعمال الحق" فقد عقد فيه مبحثاً خاصاً للتمييز بين التعسف في استعمال الحق وبين مجاوزة الحق طبيعة وجزاءً[4]، فأشار إلى أن طبيعة مجاوزة الحق تعني التصرف خارج حدود الحق -الذاتية والمتعلقة بالمحل- وليس كذلك التعسف، وهذا التفريق يقتضي أن يكون الحق في أصل تشريعه وثبوته محدوداً بعلامات تبين لأطرافه متى تكون التصرفات الحاصلة بموجبه مشروعة ومتى لا تكون. وفائدة هذا التمييز أنه يبين الموقع الذي يمكن أن تتبوأه هذه النظرية في بناء فاصل موضوعي بين مفاهيم فقهية ثلاثة هي: التصرف المشروع، والتصرف غير المشروع، والتصرف المتعسف.

ثم يأتي كتاب الأستاذ أحمد فهمي أبو سنه: "النظريات العامة للمعاملات - نظرية الحق" فتبدو فيه معالم الفكرة السابقة أكثر وضوحاً وشمولاً، وذلك لأنه بين تفصيلاً

---

(١) الدريني، محمد فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٩٨٤م) ص١.

(٢) المرجع السابق، ص١٨٩-١٩٠.

(٣) السنهوري، مصادر الحق، ص١٩١.

(٤) الدريني، نظرية التعسف، ص٤٥-٤٩.

أركان الحق بمفهومه الواسع الشامل لكل مباحث الفقه الإسلامي، جاعلاً أول هذه الأركان المستحَق، والذي يشمل في رأيه: المال والمنفعة والعمل والامتناع عن عمل ...وغير ذلك، وفي هذا تدعيم لمكانة المستحق من الحق وإثبات لشموليته. أما التحديد فقد أفرد له مبحثاً خاصاً في كتابه هذا بعنوان "نوع الحق ومقداره" ،و يقول فيه:

" الحق الذي وجب لله أو للإنسان قد يكون معلوم النوع والمقدار وحينئذٍ لا يحتاج إلى أصل يرجع إليه في تفسيره لوضوحه...وإما أن يكون الحق مطلقاً في نوعه أو مقداره : فيحتاج إلى أصل يرجع إليه في تقديره، وهذا الأصل هو الوسط في عرف العقلاء في كل مجتمع بين طرفي الإفراط والتفريط...وقد يميل الشارع إلى جانب التشديد في حق من يغلب عليه العصيان والانحلال..."(١).

وهذا الكلام بدت أهميته بالنسبة لفكرة هذه الأطروحة من جوانب عديدة: أولها: أن فيه إثباتاً للارتباط بين التحديد وأنواع الحقوق المختلفة، حتى إنه ليشمل نوعي الحقوق: حق الله تعالى وحق الإنسان. ثانيها: أن فيه كشفاً عن بعض وسائل التحديد كبيان النوع وبيان المقدار . ثالثها : أن فيه إشارة إلى بعض المراجع في بيان المحدِّدات وقد ذكر منها الشرع و العرف و القضاء.

إلا أن هذا الكلام عليه ملاحظات عدة: أولها : أنه قد جاء موافقاً للاتجاه الفقهي غير المميز بين مضمون الحق ومحل الحق، والباحث يرى أن توجيه الكلام عن التحديد إلى محل الحق أدق وأصوب من توجيهه إلى ذات الحق كما سبق بيانه عن الأستاذ الدريني. ثانيها: أنه لم يستوعب ذكر جميع وسائل التحديد ولا جميع مراجعه.

ومن الدراسات السابقة التي بحثت في نظرية الحق وفصلت فيها "الموسوعة

---

(١) أبو سنه، أحمد فهمي، النظريات العامة للمعاملات - نظرية الحق (القاهرة: دار التأليف، د.ط، ١٣٨٧هـ) ص٦٠.

الفقهية الكويتية" في جزئها الثامن عشر تحت كلمة حق[1] ، إذ وجدت فيها إنضاجاً لكثير من القضايا المتعلقة بهذه النظرية ومن ضمنها فكرة تحديد المستحقات، حيث أكدت على: ذكر المستحق كركن من أركان الحق بمفهومه العام مع التمثيل له وذكر بعض شروطه.

وفيها أيضاً: التقسيمات المتعددة للحق لاعتبارات مختلفة، منها تقسيم الحق باعتبار التحديد والتقدير وعدمه،وقد مثلت للحق المحدود بالفرائض الخمس في الصلاة، وصوم رمضان، والمقادير الواجب إخراجها في الزكاة، وأثمان المشتريات، وقيم المتلفات، ومثلت للحق غير المحدود بالصدقات، والنفقة على الأقارب، وسد حاجة المحتاجين. وما يترتب على هذه القسمة من أحكام: ككون الحق المحدود مطلوب الأداء و يتعلق بالذمة، ولا تبرأ الذمة منه إلا بأداء المقدار المحدد، وكون الحق غير المحدود مطلوب الأداء أيضاً لكنه لا يتعلق بالذمة إلا بعد التحديد الذي يكون بالتراضي أو بالتقاضي.

وفيها أيضاً تفصيل أنواع التحديد ومنها : التحديد الواقع على الشيء المستحق، والتحديد الواقع على القدر المستحق، و التحديد الواقع على زمانه ومكانه.

ويلاحظ على تناول الموسوعة لهذا الموضوع جملة من الأمور : أولاً: أن الموسوعة قد تجوزت فأطلقت الحق على المستحق، فجاء كلامها عن الحق المحدود وغير المحدود منصباً في حقيقته على المستحق، وهذه الملاحظة سبق إيرادها على الدراسة السابقة. ثانياً: إن تقسيم الحق إلى محدود وغير محدود-مع التحفظ على هذا الإطلاق- مشعر بأن غير المحدود يبقى على حاله ابتداءً وانتهاءً، وهذا غير دقيق لأن غير المحدود إنما مآله التحديد، وهذا ما قالته الموسوعة ذاتها إذ تقول: "وذلك لأن المطلوب (أي في غير المحدود) أداء الحق على أكمل وجه وهو يختلف باختلاف كل حق، فترك التحديد

---

(١) الموسوعة الفقهية (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط٢،١٩٩٠م) ج١٨ص٧-٤٧.

بادئ ذي بدء ليتحدد قدر المطلوب حسب كل حالة على حدة"[1] من هنا كان الأولى أن تكون القسمة باعتبار التحديد ابتداءً وانتهاء: حقوق محددة ابتداءً وحقوق محددة انتهاءً. ثالثاً: أغفلت الموسوعة ذكر وسائل التحديد وأنواعه ، على أهميته في التمييز بين ما هو "محدود" وما هو "غير محدود".

هذا وقد أغفلت الموسوعة أيضاً ذكر المرجع الذي يعاد إليه في تحويل "غير المحدود" إلى " المحدود" ، وإن كانت قد أشارت عرضاً إلى مرجعين هما التراضي والتقاضي...فهناك وسائل أخرى كالعرف وسلطان ولي الأمر وغير ذلك.

من الكتب الأخرى التي بحثت في نظرية الحق كتاب الدكتور وهبه الزحيلي: "الفقه الإسلامي وأدلته" فقد خصص الجزء الرابع منه للحديث عن النظريات الفقهية ومن ضمنها نظرية الحق، ومعظم ما جاء فيها مستقى مما كتبه سابقوه، أما ما يخص فكرة البحث ، فقد وجدت[2] التأكيد على علاقة الحق بالمستحق كركن من أركانه، ونجد أيضاً أن الحق ذاته قد قسم باعتبارات مختلفة منها باعتبار محله، فجاء في ثلاثة أقسام: مالي وغير مالي، شخصي وعيني، مجرد وغير مجرد، وهذه تقسيمات مفيدة للبحث إذ خصص الفصل الأول من الباب الثاني منه للحديث عن أنواع المستحقات. أما ما يخص التحديد فإننا نجد إهمالاً تاماً لما يتعلق به.

والكلام السابق ينطبق أيضاً على ما جاء في نظرية الحق في كتاب "النظريات العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه" للدكتور أحمد فراج حسين، والدكتور عبد الودود السريتي.

من الدراسات التي أفادت في هذا السياق أيضاً دراسة باللغة الإنجليزية حول

---

(١) المرجع السابق، ج١٨ ص٣٤.

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤ ص٢٣.

مفهوم الحق و مفهوم الواجب في الفقه الإسلامي، أعدها الأستاذ سيد كرامات حسين ، وقد تناول فيها قضايا عدة كتطور هذين المفهومين وتعريفهما وتحليلهما وتصنيفهما، وهي أمور ساعدت في بناء المفاهيم العامة لهذه الرسالة(١).

هناك أيضاً بحث باللغة الإنجليزية حول تعريف وتكوين العقد في الفقه الإسلامي والقوانين العربية للباحث نبيل صالح(٢) ، تناول فيه قضايا عديدة حول هذين المحورين، وتمت الإفادة منه عند البحث في إرادة المكلف ومدى سلطانها في تحديد المستحق.

الرابعة: صورة الفكرة التشريعية العامة، كما بينتها كتب التنظير الفقهي العام، وأقصد هنا كتاب "الموافقات" للإمام الشاطبي، وكتاب "مقاصد الشريعة" للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور.

ففي الكتاب الأول تم إبراز فكرة التحديد على أنها أمر يشمل كافة الحقوق سواءٌ ما كان منها لله تعالى أو للآدميين(٣)، وإثبات هذه الشمــولية يعد حجر الأساس الذي تقوم عليه النظرية، و يؤكد استحقاقها لأن تبحث على هذه الصورة، علاوة على أن إضافة التحديد إلى الحق ومحله يوجه مسار البحث و يضبط نطاق عمله، فيجعله تعميقاً لنظرية الحق في الفقه الإسلامي كما سبق بيانه في النقطة السابقة.

ثم إن الإمام الشاطبي قد أوضح مجموعة من الأحكام المترتبة على التحديد

---

(١) S. K. Husein, A Treatise on Right and Duty (Delhi: Delhi Law House, 1984), pp.3-55.

(٢) N. Saleh, "Definition and Formation of Contract Under Islamic and Arab Laws", Arab Law Quarterly (ALQ), 5(2) 1990,pp.101-116.

(٣) الشاطبي، أبو إسحق، الموافقات (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت) ج١ص١٥٦.

وعدمه[1]، وضرب على ذلك الأمثلة الفقهية العديدة، وفي ذلك كشف عن بعض أحكام النظرية التي تشكل ثمرتها المرجوة. غير أن كلام الشاطبي هذا قد خلا من الإشارة إلى أركان أخرى مهمة مثل: وسائل التحديد، والمراجع التي يستند إليها في بيان المحددات وغير ذلك مما لا بد منه لاكتمال الفكرة.

أما الكتاب الثاني : أعني كتاب "مقاصد الشريعة" فقد أشير فيه إلى هذه النظرية في مستويين: المستوى الأول ضمن المقاصد العامة، والمستوى الثاني ضمن المقاصد الخاصة.

ففي المستوى الأول أبان ابن عاشور عن أهمية التحديد في تحقيق مقاصد الشريعة، وأن الضوابط والمحددات تعتبر الوسائل العملية المنهجية لتحقيق الأوصاف و المعاني الشرعية، ولذا فهما يسيران جنباً إلى جنب في الإبانة عن أحكام الله تعالى...وإلى ذلك أشار بقوله:"فلذلك لم يكن لمتعرفٍ مقاصد الشريعة غنىً عن معرفة جميع ما قدمناه"[2].

ثم أن ابن عاشور أبان عن وسائل الانضباط والتحديد في الشريعة وحصَرَها في ستة وسائل، وبيَّن أن طريق معرفة ذلك إنما هو الاستقراء، فكشف بهذا عن ركن من أركان النظرية وعن وسيلة البحث المناسبة فيه.

أما في المستوى الثاني: فقد جاء ذكر التحديد في أكثر من موضع أولها: مقاصد التصرفات المالية، عند الحديث عن الصفات التي لا بد من اجتماعها في المال ، وثانيها عند الحديث عن المقصد الشرعي في الأموال كلها، وثالثها في مقاصد أحكام القضاء والشهادات عند الإشارة إلى ضوابط المرافعات ... وفي كل ما سبق نجد استمرار

---

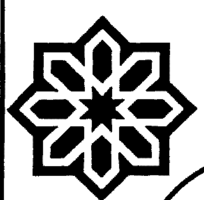
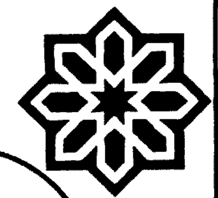
(١) المرجع السابق، ج١ص١٥٨.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص٢٦٥.

التأكيد على أهلية هذا الموضوع للبحث كنظرية ذات امتدادات تطبيقية عديدة، غير أننا نجد إهمالاً لجوانب أخرى من النظرية كأحكامها العامة، والمرجع في بيان المحددات وغير ذلك.

خلاصة ما تقدم بشأن الدراسات السابقة: أن هذه النظرية حاضرة في الفقه الإسلامي وبصورةٍ قوية، غير أن الباحث قد رأى أنها مبعثرة الأركان، مشتتة الأفكار، وأن السبيل إلى إظهارها بالصورة المتكاملة يتم عن طريق ضم الكلام الذي جاء فيها على مستوى الفكرة التشريعية العامة بعضه إلى بعض، مع إضافة بعض الأركان التي تكمّل القسمة العقليّة المفترضة في كل نظريّة، ثم تسليط ذلك على ما جاء فيها في المستوى الثاني والثالث مع مراعاة ربطها بالنظرية الأم؛ ليتم وضع مفردات كل منهما في مكانه المناسب من الهيكل العام للنظرية فيساهم في تشييد بنائها و إضاءة جانب من جوانبها.

و بمعنىً آخر: تمَّ إعداد الهيكل العام للنظرية بناءً على ما جاء عند الشاطبي في "الموافقات" وابن عاشور في "المقاصد" مع إدخال بعض الإضافات الضرورية المكملة، والأخذ بعين الاعتبار أن هذه النظرية منبثقة أصلاً وفكرةً من نظرية الحق، ثم قام الباحث باستقراء كتب القواعد الفقهية والفروع لاستخراج القواعد والمسائل التي تندرج تحت تلك الأركان فتزيدها وضوحاً وتفصيلاً، مع الالتزام بمنهجية التنظير الفقهي كما أوضحتها المراجع العلمية المختصة بذلك والتي سبقت الإشارة إليها في بداية هذا الكلام.

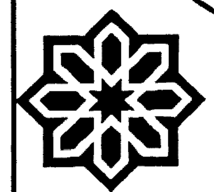
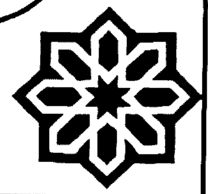
الباب الأول

التعريف بنظرية تحديد المستحقات، وبيان أصولها ومكانتها

يشتمل هذا الباب على فصلين:

الأول: في التعريف بنظرية تحديد المستحقات - موضوع البحث- من حيث الإفراد والتركيب.

والثاني: في بيان أصول النظرية من الكتاب والسنة، وأصولها في الفقه وأصول الفقه، ثم بيان مكانتها في التشريع و الفقه.

الفصل الأول

التعريف بنظرية تحديد المستحقات من حيث الإفراد والتركيب

تمهيد:

عنوان البحث يدل على أنه يقوم على عناصر ثلاثة هي:

١- كونه نظريةً فقهيةً.

٢- كون هذه النظرية تبحث في التحديد.

٣- كون هذا التحديد واقعاً على المستحقات.

ولذا فلابد من بيان المقصود من هذه العناصر الثلاثة لغةً واصطلاحاً، كلاًّ منها على حدة، ثم بيان المعنى الذي دلت عليه هذه العناصر مركبةً في هذه الصيغة. وهذا ما ستتكفل به المباحث الثلاثة لهذا الفصل.

وقبل أن أشرع في بيان هذه المباحث، ولكي تتضح الصورة ابتداءً فإنني أقول: إن البحث يقوم على استخلاص نظرية فقهية عامة، تجمع المبادئ التي اعتمدها الفقه الإسلامي، عند بيانه: حدود أمر (أي: مستحق) ثبت لجهة ما فيه حقٌّ شرعيٌّ، أو حدود أداءٍ (أي: لمستحق) جاز لجهة ما أن تطالب به شخصاً آخر بموجب حق ثبت لها عليه، سواءٌ كان هذا البيان عند تشريع الأحكام العامة أو عند تنزيلها على الوقائع والحوادث الخاصة.

فليس مقصوداً ابتداءً البحث في أسباب ثبوت الحق ولا كيفيته أو شروطه، ولا البحث في أنوع الحقوق التي تثبت، وإنما البحث مقتصر على بيان ما أسلفت، مع الإشارة إلى مثل هذه الموضوعات بالقدر الذي يخدم الفكرة المحورية التي قام عليها البحث[1].

---

(١) مثال ذلك: أن الباحث سيدرس المبادئ التشريعية التي يستفاد منها تحديد نفقة الزوجة وما شابهها، كما سيدرس الأسس التي يستند إليها القاضي عندما يحدد مقدار النفقة لامرأة ما على زوجها، ولكنه لن يتطرق إلى أسباب ثبوت النفقة، ولا إلى أنواع الحقوق التي تجب بموجب عقد الزواج إلا بالقدر الذي يخدم المسألة موضوع الدراسة.

المبحث الأول: تعريف النظرية لغةً واصطلاحاً

الوقوف على معنى النظرية لغةً واصطلاحاً أمر لا بد منه هنا؛ وذلك لبيان المفهوم الحقيقي لهذه اللفظة، وبيان ما اشتملت عليه من أوصاف لا بد من تحققها في أي بحث يقصد منه استقصاء نظرية في مجال من المجالات.

المطلب الأول: تعريف النظرية لغةً

هي مصدر صناعي[1] من الفعل الثلاثي نَظَرَ. وقد رأيت أن معاجم اللغة العربية لا تذكر معنىً خاصاً لهذه اللفظة، لذا فان الوقوف على معناها اللغوي يتوقف على معرفة معنى الجذر الذي اشتقت منه، ثم معرفة المعنى الذي آل إليه ذلك الجذر حين صيغ بهذه الصورة.

النظر في اللغة يأتي على ثلاثة معانٍ[2] هي:

١-حسّ العين: وهو الإبصار، ومن ذلك قوله تعالى عن إبراهيم عليه السلام: ﴿فَنَظَرَ نَظْرَةً فِي ٱلنُّجُومِ ۝٨٨﴾ [الصافات: ٨٨].

٢-التدبر، جاء في لسان العرب[3] " النظر يقع على الأجسام والمعاني فما يقع بالأبصار فهو للأجسام، وما كان بالبصائر كان للمعاني، وفي الحديث[4] "من ابتاع

---

(١) المصدر الصناعي هو: "أن يزاد على اللفظة ياء مشددة وتاء تأنيث" الحملاوي، شذا العرف في فن الصرف (القاهرة: المطبعة الأميرية، د.ط، ١٩١١م) ص٧٣.

(٢) انظر: ابن منظور، جمال الدين محمد، لسان العرب (بيروت دار صادر، د.ط، د.ت) مادة نظر. الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير (بيروت: مكتبة لبنان، د.ط، ١٩٨٧م) مادة نظر.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، ج٢ص٢١٨.

(٤) القشيري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت) كتاب البيوع، باب حكم المصراة، رقم ١٥٢٤.

مصرَّاةً فهو بخير النظرين". أي خير الأمرين له.

الانتظار، ومن ذلك ما حكاه الله تعالى من قول المنافقين يوم القيامة: ﴿ٱنظُرُونَا نَقۡتَبِسۡ مِن نُّورِكُمۡ﴾ [الحديد: ١٣].

وهذه المعاني الثلاثة مردّها إلى التأمّل، قال ابن فارس[1]: "النون والظاء والراء أصل صحيح، يرجع فروعه إلى معنىً واحد وهو تأمل الشيء ومعاينته، ثم يستعار ويُتسع فيه".

أما المعنى الذي يدل عليه المصدر الصناعي، فقد تنوعت عبارات الباحثين[2] في التعبير عنه، ولكنها تشترك في أن هذه الصيغة تدل على: استغراق جميع الأجناس التي ينطبق عليها اللفظ من حيث حقيقتها، وكذا استغراق جميع الخصائص المشتركة التي يمكن أن تشتمل عليها هذه الأجناس.

بناءً على ما سبق يمكنني القول: إن معنى"نظرية" في اللغة هو: المفهوم المجرد المشترك بين حقائق النظر المختلفة، الدال على ما تتمتع به من خصائص.

---

(١) ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم المقاييس في اللغة (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤١٥هـ) ص١٠٣٤.

(٢) انظر: شحاته، محمد عبد الوهاب، المصدر الصناعي في العربية (مصر: دار غريب للطباعة، د.ط، د.ت) ص٥٥.

المطلب الثاني: تعريف النظرية في الاصطلاح

لم يُستخدم هذا المصطلح في علم الفقه قديماً، بل إنه لم يستخدم في العلوم الإسلامية إلا في إطار ضيق كما سترى، وإنما جاء استخدامه عند الفقهاء المحدثين تأثراً بمناهج البحث العلمي الحديثة[1]، لذا كان الوقوف على حقيقة معناه الاصطلاحي يستلزم معرفة معناه الأصلي قبل أن ينقل إلى دائرة التداول الفقهي الإسلامي.

أولاً: "النظرية" في اصطلاح العلوم الإسلامية[2]:

استخدم بعض فلاسفة المسلمين هذه اللفظة للدلالة على "قوة من شأنها أن تنطبع بالصور الكلية المجرّدة عن المادة، فإن كانت مجردةً بذاتها فذاك،وإن لم تكن فإنها تصيّرهـا مجرّدةً بتجريدها إياها حتى لا يبقى فيها من علائق المادة شيء"[3].

---

(١) انظر: الزرقا، مصطفى أحمد، الفقه الإسلامي ومدارسه (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٦هـ) ص١٢٠-١٢٢.

(٢) حاول بعض الباحثين المحدثين الربط بين مصطلح "النظرية" ومصطلح "النظري" بجعل الأول منهما امتداداً للثاني، وهو الذي ورد ذكره عند بعض علماء المنطق والأصول، لكنني أرى أن هذا الربط ضعيف، لأن النظري: هو ذلك العلم "الذي يتوقف حصوله على نظر وكسب، كتصور النفس والعقل..." ويقابله العلم الضروري – الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات (بيروت دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٥هـ) ص٣١٠ - فهو بذلك وصف لنوع من أنواع العلم بناءً على طريقة حصوله، في حين أن النظرية هي جملة مخصوصة من المعلومات المرتبة بناءً على الغاية المقصودة منها.

(٣) الكندي، رسالة في حدود الأشياء ورسومها-طبعت ضمن كتاب معجم المصطلحات العلمية العربية (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤١٠هـ) ص١١٩-١٢٠، وانظر أيضاً: الآمدي، سيف الدين، المبين عن معاني ألفاظ الحكماء والمتكلمين-نشرت تحت اسم اصطلاحات الفلاسفة (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ط، ١٩٨٣) ص١٦.

ثانياً: "النظرية" في اصطلاح فلسفة العلوم[1]:

تطالعنا المعاجم الفلسفية بتعريفات مختلفةٍ للنظرية، وأهم تلك التعريفات من حيث صلتها بموضوعنا هي:

أ-"فرض علمي يربط عدة قوانين بعضها ببعض، ويردّها إلى مبدأ واحد، يمكن أن نستنبط منه حتماً أحكاماً وقواعد"[2].

ب-لفظة مرادفة للنسق[3]، والذي هو "مجموعة من القضايا المرتبة في نظام معين، بعضها لا يُبرهن عليها في النسق ذاته، وبعضها الآخر يكون نتائج مستنبطة من هذه المقدمات"[4].

ج- "جملة تصورات مؤلفة تأليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات"[5].

د-"تركيب عقلي مؤلف من تصورات منسقة، تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ... وإذا أطلقت على ما يقابل الحقائق العلمية الجزئية دلت على تركيب عقلي واسع، يهدف إلى تفسير عدد كبير من الظواهر"[6].

---

(١) "فلسفة العلوم" أو "علم العلم" (epistemology) هي "العلم المتخصص في درس كيفية تكون المفاهيم وتحولها، وكيفية تبادلها بين علم وعلم، وكيفية تشكل حقل علمي" عبد الفتاح مراد، موسوعة البحث العلمي (الإسكندرية: الكرنك للكمبيوتر، د.ط، د.ت) ص٥٥٨.

(٢) مجمع اللغة العربية بمصر، المعجم الفلسفي (القاهرة: الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، د.ط، ١٣٩٩هـ) ص٢٠٢.

(٣) وهبة ،مراد، المعجم الفلسفي (مصر: دار الثقافة الجديدة، ط٣، ١٩٧٩) ص٤٤٧.

(٤) المرجع السابق، ص٢٣٧.

(٥) المرجع السابق، ص٤٤٧.

(٦) صليبا، جميل، المعجم الفلسفي (بيروت: دار الكتاب اللبناني، د.ط، ١٩٨٢) ص٤٧٧.

هـ-"بناء فكري ينزع إلى الربط بين أكبر عدد من المظاهر المنظورة ومن القوانين الخاصة، ويتسم بالعموم، وينتظم علماً أو عدة علوم، ويقدم منهجاً للبحث والتفسير، ويربط النتائج بالمبادئ... "[1].

و-"منظومة من المقترحات العلمية التي تعطي مبادئ مفسرة ومحللة للموضوع الذي تدرسه"[2].

ز-"نظام موحّد من القوانين والفرضيات ذات المفعول التوضيحي"[3].

ح- "حقل دراسي"[4].

من دراسة هذه التعريفات وتحليلها يمكن للباحث الخروج بالنتائج التالية:

أ-تشترك هذه التعريفات في أن النظرية هي بناء علمي، بمعنى أن صياغتها والوصول إليها يعتبر جهداً علمياً عقلياً، يجب أن تتوفر فيه شروط منهجية خاصة.

ب-يلاحظ أن التعريفات السابقة تختلف توسعةً وتضييقاً في الشروط الواجب توفرها فيما يجوز أن يطلق عليه اسم نظرية، ففي الوقت الذي يرى فيه التعريف الأخير أن أي حقل دراسي يمكن أن يطلق عليه اسم نظرية، فإن التعريف الأول يشترط أن تُرد جميع موضوعات النظرية إلى مبدأ واحد، في حين أن التعريفات الأخرى تتوسط بينهما.

---

(١) مراد، موسوعة البحث العلمي، ص١٤٥٤.

(٢) T. Mautner, A Dictionary of Philosophy (London: Blackwell, 1996) p.426.

(٣) A. R. Lacey, A Dictionary of Philosophy (London: Routledge, 1991) p.122.

(٤) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

ج- اتفقت معظم هذه التعريفات على الشروط التالية:

١- أن النظرية يجب أن تكون مرتبةً ترتيباً منهجياً.

٢- أن النظرية يجب أن تبنى على مجموعة من الحقائق العلمية السابقة على وجودها، بمعنى أن واضع النظرية ينتقل ذهنياً مما هو جزئي إلى ما هو كلي.

٣- أن الغرض من بناء النظرية هو تفسير العلاقة القائمة بين الحقائق العلمية موضوع الدراسة.

ثالثاً: "النظرية" عند الفقهاء المحدثين:

اختلفت عبارات الفقهاء المعاصرين في تعريف النظرية، وفيما يلي ذكرٌ لأهم التعريفات التي وقفت عليها، ثم تحليل لها:

١- عرفها الأستاذ مصطفى الزرقا بأنها: "تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي تؤلف كل منها على حده نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي... وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام"[١].

٢-عرفها الأستاذ فهمي أبو سنه بأنها: "القاعدة الكبرى التي موضوعها كلي تحته موضوعات متشابهة في الأركان والشروط والأحكام العامة، وإن كان لكل موضوع أركان وشروط، وأحكام خاصة به"[٢].

٣-عرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها: "المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة..."[٣].

---

(١) الزرقا، المدخل الفقهي، ج١ ص٢٣٥.

(٢) أبو سنه، نظرية الحق، ص٤٤.

(٣) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤ ص٧.

٤-عرفها الدكتور جمال الدين عطية بأنها: "التصور المجرد الجامع للقواعد العامة الضابطة للأحكام الفرعية الجزئية... فهي تصور يقوم بالذهن سواء استنبط بالتسلسل الفكري المنطقي أو استمد من استقراء الأحكام الفرعية الجزئية"[١].

٥-عرفها الدكتور يوسف قاسم بأنها: "دراسة متكاملة لموضوع يتسم بالعموم، بحيث تمتد هذه الدراسة إلى ما يتعلق بهذا الموضوع من بيان حقيقته وشروطه وأركانه وآثاره وتطبيقاته"[٢].

٦-عرفها علي أحمد الندوي بأنها "أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً"[٣].

تحليل هذه التعريفات ونقدها:

١-اشتملت هذه التعريفات في مجملها على العناصر الأساسية للمفهوم العلمي للنظرية، مع إعادة صياغة لها بما يتناسب مع حقل الدراسة والذي هو الفقه الإسلامي، فقد أوضحت أن النظرية عبارة عن بناء علمي منهجي، عبّر معظم المعرفين عنه ببيان عناصر هذا البناء وهي الأركان والشروط والأحكام العامة، وأوضحوا أن هذا البناء العلمي يقوم على جزئيات الفقه الإسلامي أو قواعده، فهو بذلك يختلف عن أساليب البحث الفقهي الجزئي التي تقوم على بحث الأحكام الجزئية، كما أوضحت معظم التعاريف الغرض من بناء النظرية الفقهية وهو بيان الصلة بين الفروع الفقهية الموزعة ضمن أبواب الفقه المختلفة والتي تجمعها (أي تلك الفروع) رابطة موضوعية ما.

---

(١) عطية، التنظير الفقهي، ص٩.

(٢) قاسم، يوسف، مبادئ الفقه الإسلامي (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، ١٤٠٣هـ) ص٢٢٨.

(٣) الندوي، القواعد الفقهية، ص٦٣.

٢-اختلفت اتجاهات الباحثين في بيان ماهيّة الحقائق العلمية التي تبنى عليها النظرية، هل هي الأحكام الفقهية الجزئية؟ أم القواعد الفقهية؟ أم كلاهما؟ وإلى الأول ذهب الأستاذ الزرقا، وتبعه الدكتور الزحيلي، وإلى الثاني ذهب الدكتور عطية، بل وأكده في مواضع أخرى من كتابه[١]، ويمكن القول: إن التعريفات الأخرى ذهبت إلى الاتجاه الثالث، وهو الذي أراه أولى بالاعتبار لسببين:

أ-إن القواعد الفقهية على غزارتها لا تشمل جميع مسائل الفقه، في حين يفترض في النظرية أن تربط بين جميع الجزئيات الفقهية المتصلة بموضوعها.

ب-إن القواعد الفقهية هي قواعد أغلبية[٢]، فما من قاعدة إلا ولها مستثنيات، وهذه المستثنيات لا يمكن تجاهلها عند التنظير الفقهي، ومن هنا كان "التبصّر الواعي بالجزئيات الشاذة هو منشأ الانتقال من مستوى التفسير بالقواعد إلى مستوى التفسير بالنظرية، فتصبح النظرية طبق هذا التصور، مهيمنة على كل القواعد وما شذّ عنها من جزئيات"[٣].

مع كل ما تقدم، فان إهمال القواعد الفقهية عند صياغة النظرية، والاعتماد على الفروع الفقهية مباشرة -مع أنني لا أتصوره- إهمال لجانب مهم من جوانب النظر الكلي في الفقه الإسلامي، هذا الجانب الذي تمثله الموضوعات المشتركة بين القواعد والنظريات الفقهية.

---

(١) عطية، التنظير الفقهي، ص٢١١.

(٢) الحموي، أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ) ج١ ص٢٢.

(٣) الحسني، إسماعيل ،نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور (فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ١٤١٦هـ) ص٢٩.

٣-ذهب الدكتور أبو سنه إلى اعتبار النظرية الفقهية من قبيل القاعدة الكلية، مع أن التباين واضح في مفهوم كل منهما، لذا كان تجنب إيراد هذه اللفظة في التعريف أولى تجنباً للخلط.

٤-انفرد الدكتور عطية ببيان الطريق الموصلة إلى وضع النظرية الفقهية، وهي عنده طريقان:

أ-التجريد، أي انتقال الفكر من صورة الحكم الفقهي الجزئي إلى فكرته.

ب-التسلسل الفكري المنطقي.

غير أنني أرى أن الطريق الثاني غير صالح لسببين:

١- إن في هذا القول مجاراةً لمفهوم النظريات القانونية مع أن مصادر التشريع الإسلامي وتاريخه ونشأته تختلف عن نظائرها في النظم والتشريعات الوضعية "التي يمكن لرجال القانون فيها وضع نظريات في أي عصر شاؤوا، خلافاً للفقه الإسلامي الذي كان يتطور خلال فترة ما قبل التدوين، وكان لا بد -للانتقال من مرحلة تدوين المسائل والجزئيات إلى مرحلة النظريات -من مرحلة متوسطة هي مرحلة تدوين المبادئ والقواعد، وهذا ما فعله فقهاء المسلمين"[1].

٢- إن في هذا القول مخالفة للمفهوم العلمي للنظرية بمعناها الدقيق الذي أسلفت، إذ إن أحد شروط النظرية أن تكون مبنيةً على مجموعة من الحقائق العلمية السابقة على وجودها.

---

(١) الصابوني، عبد الرحمن ورفاقه، المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي (القاهرة: مكتبة وهبة، ط١، ١٤٠٢هـ) ص٣٨١.

رابعاً: التعريف المختار:

رأيت من خلال الدراسة السابقة لتعاريف النظرية الفقهية أن أياً منها لا يخلو من نقد، مع أنها بمجموعها تعطي صورةً واضحةً متكاملةً عن مفهوم النظرية الفقهية، لذا فقد رأيت أن أضع تعريفاً للنظرية الفقهية يتجنب تلك الانتقادات ويجمع تلك المميزات، وهو:

النظرية الفقهية: مجموعة من الأحكام الفقهية المجردة[1]، المستنبطة من القواعد والفروع الفقهية ذات الصلة بموضوع تشريعي واحد، المرتبة ترتيباً علمياً منهجياً بقصد بيان الفكرة التشريعية الكلية الجامعة لتلك القواعد والفروع.

بقي أن أشير في ختام هذا المبحث إلى مسألة ذات صلة بمفهوم النظرية الفقهية، وهو إشكال يطرحه بعض الباحثين المعاصرين[2]، حول استخدام مصطلح "النظرية" في الدراسات الفقهية، وخلاصة هذا الإشكال: أن مصطلح "نظرية" -وهو ترجمة للكلمة الإنجليزية Theory - يدل على أن مضمونها وليد للفكر الإنساني المحض الذي من سماته التغيُّر، في حين أن كثيراً من الأحكام التي تشتمل عليها تلك النظريات هي أحكام نصيّة وثابتة، لذا فان الأولى استخدام مصطلح آخر يتجنب هذه الدلالات غير المعتبرة.

---

(١) المقصود بالمجردة هنا أن صياغتها لا تعنى ببيان صور المسائل الفقهية و إنما ببيان المعاني التشريعية الكامنة وراءها.

(٢) انظر: الأشقر، عمر سليمان، تاريخ الفقه الإسلامي (الكويت: مكتبة الفلاح، ط١، ١٤٠٢هـ) ص٢٠٨. جمعة، علي، المدخل (القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ١٤١٧هـ) ص١٤٥. البورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية (الرياض: مكتبة التوبة، ط٢، ١٤١٨هـ) ج١ص١٠١-١٠٢.

والجواب على هذا الإشكال من وجهين:

١-إن هذا المصطلح وإن كان وليد الفكر الإنساني، فإن الفقهاء المحدثين عندما نقلوه إلى دائرة التداول الفقهي الإسلامي قد غيروا في دلالته بما يتفق مع ثوابت هذه الدائرة، كما سبق لي بيانه.

٢-إن هذا الاعتراض قائم على الخلط بين مفهوم النظرية كأسلوب بحث، وبين ما تقوم عليه النظرية، فالنظرية في حقيقتها أحكام فقهية مجردة، أي: أنها صيغت صياغة عامة تظهر الفكرة التشريعية من الأحكام الأصلية، وهذا بحد ذاته عمل فكري إنساني قابل للتغير والاختلاف والتطوير ... إلخ، في حين أن الحكم الأصلي الذي قامت عليه النظرية لم يطرأ عليه تغيير أو تبديل سواءٌ كان نصياً ثابتاً أو اجتهادياً.

وأزيد الأمر وضوحاً فأقول: إن هذا المنهج له نظير في الفقه الإسلامي وهو التقعيد الفقهي، فنحن نجد كثيراً من القواعد الفقهية -غير النصيّة- قد صيغت من قبل الفقهاء، وإذا نظرنا إلى ما تحتها من فروع فإننا نجد أحكاماً نصيّة وأخرى غير نصيّة، مع أن القاعدة نفسها قد تكون محل اختلاف بين الفقهاء.

المبحث الثاني: تعريف "التحديد" لغةً واصطلاحاً

هذا المبحث مخصص للبحث في معنى التحديد في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء، بالإضافة إلى بيان الألفاظ ذات الصلة، مع ملاحظة أنني هنا سأبحث في التحديد كمصطلح خاص ومستقل، له معناه المحدد قبل أن يضاف إلى كلمة مستحقات.

المطلب الأول: تعريف "التحديد" لغةً

هو مصدر من الفعل الثلاثي حدّ (ح د د)، يقال: "حددت الدار أحدّها حَدّاً، والتحديد مثله"[1] والحد في اللغة يطلق على عدة معانٍ أهمها[2]:

١- الفصل والتمييز بين الشيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر.

٢- منتهى كل شيء وطرفه، ومن ذلك قولهم: حدود الحرم، وحد السيف.

٣- المنع والدفع، يقال: حددت فلاناً عن الشر، أي: منعته.

٤- التأديب، ومنه أخذت الحدود الشرعية.

وهذه المعاني تعود إلى أصلين، قال ابن فارس "الحاء والدال أصلان: الأول: المنع، والثاني: طرف الشيء"[3].

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادة: حدد.

(٢) انظر: المرجع السابق. الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط (بيروت: دار الرسالة، ط٥، ١٤٠٦هـ) مادة: حدد. الفيومي، المصباح المنير، مادة: حدد.

(٣) ابن فارس، معجم المقاييس، ص٢٣٥.

المطلب الثاني: تعريف "التحديد" اصطلاحاً

مع أن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم قد استخدموا كلمة "تحديد" في مواطن كثيرةٍ من كتابتهم، إلا أنني لم أعثر على تعريف اصطلاحي جامع مانعٍ لهذه الكلمة، غير أن الموسوعة الفقهية الكويتية أشارت إليه بقولها:

"**تحديد الشيء**: عبارة عن ذكر حدوده، ويستعمل غالباً في العقار"[1]، وهذه الإشارة على أهميتها في عدّ التحديد مصطلحاً فقهياً خاصاً[2]، إلا أنها غير كافية في الكشف عن حقيقته، لاعتمادها في توضيحه على ظاهر المعنى المفهوم منه، علاوةً على أن القول بأن الغالب استعماله في العقار غير صحيح كما سيظهر.

وأرى أن السبب في عدم ذكر تعريف خاص لهذا المصطلح عند الفقهاء يعود إلى أمرين:

١- أن الفقهاء قد توسعوا في استخدام هذا المصطلح حتى كاد المعنى اللغوي يتلاقى مع المعنى الاصطلاحي في كثير من الأحيان.

٢- أن الفقهاء لم يدرسوا هذا الموضوع في باب واحد من أبواب الفقه، وذلك لأن منهج التأليف الذي ساروا عليه يعتمد على ترتيب المسائل الفقهية ذات العلاقة بوجه من أوجه تصرفات المكلفين تحت مسمىً واحد[3]، في حين أن النظريات الفقهية عامة تبحث عن المسائل المتعلقة بمفهوم تشريعي خاص بغض النظر عن نوع التصرف الذي يرتبط به.

---

(١) لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج١٠ ص١٨٤.

(٢) أكدت الموسوعة ذلك بتخصيص موضع مستقل لبحث هذا المصطلح، والألفاظ ذات الصلة والحكم الإجمالي وغير ذلك، انظر: المرجع السابق، ج١٠ ص١٨٤- ١٨٥.

(٣) انظر: أبو سنه، نظرية الحق، ص٤١.

غير أن تتبع كلام الفقهاء في استخدامهم لهذا المصطلح يلقي الضوء على الجوانب المختلفة لدلالاته المتعددة، ويمكّن الباحث من الوصول إلى حقيقته وصياغة تعريف له.

وقد وجدت من خلال تتبعي لهذا المصطلح عندهم أنه يدور حول المعاني التالية:

١- **التعريف**، أي: بيان دلالات المصطلحات الفقهية، ومن الشواهد على ذلك:

أ-عند الحنفية: قولهم: "وأمّا الشافعي فقد مرّ على أصله في تحديد الغصب أنه إثبات اليد على مال الغير، بغير إذن مالكه..."(١).

ب-ما جاء عند المالكية: "وليس في هذا كله تحديد لأقل ما يقع عليه اسم السفر، ولم يُرِد ﷺ تحديد أقل ما يسمى سفراً..."(٢).

٢- **بيان الضابط الفقهي**، أي: ما يرجع إليه في معرفة مسائل متعددة من باب واحد(٣)، ومن الشواهد على ذلك:

أ-ما جاء عند الحنفية: "... والبائع لو ترك الدعوى لا يترك بل يجبر عليها، وهذه عبارة مشايخنا في تحديد المدعي والمدعى عليه"(٤).

ب-ما جاء عند الحنابلة: "واختلف أصحابنا في تحديد الكثير من النوم الذي ينقض الوضوء"(٥).

---

(١) الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (بيروت: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٩٨٢م) ج٧ص١٤٦.

(٢) الحطاب، محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٩٨هـ) ج٢ص٥٢٥.

(٣) ابن السبكي، عبد الوهاب، الأشباه والنظائر (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ) ج١ص١١.

(٤) الكاساني، البدائع، ج٥ص٢٤٢.

(٥) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني شرح مختصر الخرقي (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٥هـ) ج١ص١١٤.

٣- **بيان الكمية**، ومن الشواهد إلى ذلك:

أ-ما جاء عند الحنفية: "واختلفت الروايات في تحديد الكثير (أي: من الماء) والظاهر عن محمد أنه عشر في عشر"[١].

ب-ما جاء عند المالكية: "... وندب عدم الزيادة (أي: في صدقة الفطر) على الصاع، بل تكره الزيادة عليه، لأنه تحديد من الشارع فالزيادة عليه بدعة"[٢].

ج-ما جاء عند الشافعية: "... وهو، أي: الرضخ لغةً: العطاء القليل، وشرعاً: دون سهم

د-الراجل، يجتهد الإمام في قدره لأنه لم يرد فيه تحديد فرجع إلى رأيه"[٣].

ما جاء عند الحنابلة: " ولا بأس بجعله (أي: خاتم الفضة للرجل) مثقالاً فأكثر لأنه لم يرد فيه تحديد، ما لم يخرج عن العادة"[٤].

٤- **بيان العدد**، ومن الشواهد على ذلك:

أ-ما جاء عند الحنفية: "ولم يرد في تحديد السرية نص، ومحصول ما ذكر محمد في السير: أن التسعة وما فوقها سرية"[٥]. أي: أن تسعة جنود وما فوقهم يسمون سرية.

---

(١) ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (بيروت: دار المعرفة،د.ت، د.ط) ج١ص٧٩.

(٢) الدردير، أحمد أبو البركات، الشرح الكبير (بيروت: دار الفكر، د.ت، د.ط) ج١ص٥٠٨.

(٣) الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج لحل ألفاظ المنهاج (بيروت: دار الفكر، د.ت، د.ط) ج١ص٢٥.

(٤) البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤٠٢هـ) ج٢ص٢٣٦.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥ص٨٣.

ب-ما جاء عند المالكية: "... تحديد غسلهما (أي: اليدين في الوضوء) بالثلاث يدل على أنه تعبّد، وليس فيه ما يدل على أن غسلهما مجتمعين أو مفترقين"[1].

ج-ما جاء عند الشافعية:" المقدرات أربعة أقسام ... ثانيها تحديد بلا خلاف كتقدير... العدد في الجمعة"[2].

٥- بيان الصفة المخصِّصَة، ومن الشواهد على ذلك:

أ-ما جاء عند الحنفية: "وإرادة الخصوص من الخصوص ممتنعة... والعام ما ينتظم جميعاً من المسميات من غير تقدير ولا تحديد"[3].

ب-ما جاء عند الشافعية: "المقدرات أربعة أقسام ... ثانيها تحديد بلا خلاف كتقدير... الأسنان المأخوذة فيها (أي: أنصبة الزكاة) ..."[4].

ج-ما جاء عند الحنابلة: "وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل ..."[5].

٦- بيان المسافة، ومن الشواهد على ذلك:

أ-ما جاء عند الحنفية: "واختلفت الأقاويل في تحديد الغيبية المنقطعة، وعن أبي يوسف روايتان: في رواية قال: ما بين بغداد والرّي، وفي رواية: مسيرة شهر فصاعداً"[6].

---

(١) المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٩٨هـ) ج١ص٢٤٤.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج١ص٢٥.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٣ص٣٦٢.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج١ص٢٥.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٧ص٢٩٠.

(٦) الكاساني، البدائع، ج٢ص٢٥١.

ب-ما جاء عند الشافعية: "المقدرات أربعة أقسام ... ثالثها: تحديد على الأصح، فمنه أميال مسافة القصر ..."[1].

٧-**بيان الحصّة**، أي: النسبة، ومن الشواهد على ذلك:

أ-ما جاء عند الحنفية: "وفي تحديد الكثير (أي: من المسلم فيه) روايتان: ما زاد على الثلث، وما زاد على النصف"[2].

ب-ما جاء عند الحنابلة: "ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد، وحدّه أبو بكر[3]... بالثلث"[4].

٨- **بيان القيمة المالية**، ومن الشواهد على ذلك:

أ-ما جاء عند المالكية: "وكذلك يدعو (أي: الإمام يدعو المقاتَلين) إلى الجزية مجملاً بلا توقيت ولا تحديد ..."[5].

ب-ما جاء عند الشافعية: "المقدرات أربعة أقسام ... ثانيها: تحديد بلا خلاف

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج١ص٢٥.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦ص١٧٨.

(٣) أبو بكر: أحمد بن محمد بن هارون البغدادي المعروف بالخلال، ولد سنه (٢٣٤هـ)، من كبار شيوخ المذهب الحنبلي، أخذ الفقه عن مجموعة من أصحاب الإمام أحمد منهم ابن عبد الله، يعتبر أول من جمع فقه الإمام أحمد، من مصنفاته: الجامع، الطبقات، العلل، السنه، وغير ذلك، توفي سنه (٣١٠هـ). انظر: الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٩، ١٤١٣هـ) ج١٤ص٢٩٧. ابن أبي يعلى، محمد، طبقات الحنابلة (بيروت: دار المعرفة، د.ت، د.ط) ج٢ص١٢.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٤ص١٨.

(٥) المواق، التاج والإكليل، ج٣ص٣٥٠.

كتقدير نصب الزكوات"[1].

ج-ما جاء عند الحنابلة: "ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير (أي: من مال الملتقط)... وليس عن أحمد وأكثر من ذكرنا تحديد اليسير الذي يباح..."[2].

٩-بيان المدة الزمنية، ومن الشواهد على ذلك:

أ-ما جاء عند المالكية: " والأحسن (أي: في النداء للصبح قبل وقتها) من آخر الليل دون تحديد ..."[3].

ب-ما جاء عند الشافعية: "المقدرات أربعة أقسام ... ثانيها: تحديد بلا خلاف كتقدير مدة الرضاع"[4].

١٠-بيان العلامات الفاصلة بين العقارات، والشاهد على ذلك:

ما جاء عند الحنفية: " ... وإن ادعى عقاراً حدده، وذكر أنه في يد المدعى عليه، وأنه يطالب به، لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل، فيصار إلى التحديد، فإن العقار يعرف به ..."[5].

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج١ص٢٥.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٦ص٦.

(٣) المواق، التاج والإكليل، ج١ص٤٣٣.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج١ص٢٥.

(٥) المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي (بيروت: المكتبة الإسلامية، د.ت، د.ط) ج٣ص١٥٥.

- إذا ألقيت نظرة فاحصة على هذه المعاني، فإنه يمكن الخروج بالنتائج التالية:

١- إن التحديد عند الفقهاء هو نوع من البيان، وهذا قد يكون مبتدأً، أي: مذكوراً مع المبين بلا سابق إجمال، وقد يكون لا حقاً به.

٢- إن وظيفة هذا البيان هو الفصل والتمييز بين عدة أشياء قد تختلط في ذهن السامع لو لم يلحقها هذا التحديد.

٣- إن التحديد قد يلحق بالمعاني الفقهية غير المحسوسة -كما هو الحال في المعنى الأول والثاني- وقد يلحق بالأشياء المادية التي تتعلق بها الأحكام الشرعية -كما هو الحال في بقية المعاني-.

٤- إن التحديد قد يكون بذكر أمور ذاتية في الشيء المحدد كذكر الجنس والنوع والصفة، وقد يكون بذكر أمور أخرى كذكر مقداره وزمانه ومكانه ... إلخ.

- تعريف التحديد بناءً على ما سبق:

بناءً على ما تقدم يمكنني أن أضع تعريفاً عاماً للتحديد -يصلح لهذا الموضوع وغيره- بأنه: بيانٌ[1] تتميز به شرعاً المعاني الفقهية أو متعلقاتها المادية في أذهان المكلفين.

المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة

تم لي في المطلب السابق وضع تعريف للتحديد بناءً على مجموعة من الشواهد الفقهية، وأريد أن أبين هنا أن ألفاظاً أخرى قد دارت على ألسنه الفقهاء تدل على

---

(١) اختيار الـ"بيان" ليكون جنساً في التعريف جاء تبعاً لقوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ (البقرة: ٢٣٠) فقد جعل ذكر الحدود (تحديد أنصبة الورثة) بياناً.

المعنى نفسه الذي ذكرت أو أعمّ منه أو أخص، وأهم هذه الألفاظ: الحدّ، والتقدير، والتعيين، والتقريب.

أولاً: الحدّ.

لعل هذه اللفظة هي أقرب الألفاظ إلى كلمة تحديد، والسبب في ذلك إلى أن كلاً منهما يعتبر مصدراً للفعل الثلاثي حدّ (ح د د)[1]، و استعمال الفقهاء لها فيكاد يكون متطابقاً مع استعمال كلمة تحديد، ومن الشواهد على ذلك:

١- استعمالها بمعنى التعريف، جاء عند الحنفية: " حد البيع ...: مبادلة المال بالمال بالتراضي"[2].

٢- استعمالها بمعنى الضابط، جاء عند الحنابلة: "... وقال ابن عقيل[3] في رواية أخرى: إن حدّ التفريق المبطل: ما يفحش في العادة ..."[4].

٣- استعمالها في بيان الكمية، جاء عند المالكية: "وحكى ابن عبد السلام[5] أيضاً قولاً بأنه (أي: الماء القليل) ليس له حدّ بمقدار بل بالعادة ..."[6].

---

(١) انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة "حدد".

(٢) المرغيناني، الهداية، ج٤ ص٣٧.

(٣) ابن عقيل: أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد البغدادي، ولد سنه (٤٣١هـ) من كبار فقهاء الحنابلة، مال إلى الاعتزال في علم الكلام، من مصنفاته: كتاب "الفنون"، توفي سنه (٥١٣هـ). انظر: الذهبي، السير، ج١٩ ص٤٤٣. ابن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، ج٢ ص٥٩٢.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج١ ص٩٤.

(٥) ابن عبد السلام: أبو عبد الله محمد بن عبد السلام الهروي التونسي، من كبار فقهاء المالكية بتونس، وهو قاضيهم بها، من مصنفاته: "شرح جامع الأمهات لابن الحاجب" توفي سنه ٧٤٩هـ. انظر: ابن فرحون،إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت) ص٣٣٦.

(٦) الحطاب، مواهب الجليل، ج١ ص٧٢.

٤- استعمالها في بيان المدة الزمنية، جاء عند الشافعية: "واختلفوا في حدِّ الأجل الذي لا تجوز الزيادة عليه (أي: في بيع النسيئة) فقيل: سنة. وقال الجمهور: لا يتقدر بسنة"(١).

٥- استعمالها في العلامات الفاصلة، جاء عند الحنابلة: "... والفرات حدّ الشام من ناحية المشرق"(٢).

غير أن هذا المصطلح أكثر ما يستعمل عند الفقهاء بمعنى: "العقوبة المقدرة شرعاً لحق الله تعالى"(٣) أي: أنه نوع خاص من العقوبات، وهذا المعنى يدخل في نطاق البحث من حيث الجملة لكنه غير مقتصرٍ عليه، وهذا السبب هو الذي جعلني أختار مصطلح "تحديد" بدل مصطلح "حدّ" في الترجمة لهذا البحث.

ثانياً: التقدير:

هو لغةً: مصدر من الفعل الثلاثي قَدَرَ، ويأتي على معانٍ عدة، منها(٤): التدبير، وقياس الشيء بالشيء، والتعظيم، والتضييق، ووضع علامات للشيء يقطعه عليها ... ولعل هذا الأخير هو الأقرب إلى ما نحن فيه.

أما في الاصطلاح فيأتي على معنيين:

١- **التحديد**، يقول الجرجاني: "التقدير هو تحديد كل مخلوق بحدّه الذي يوجد به..."(٥).

---

(١) النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٥هـ) ج٤ص٦٣.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج١ص٣٦٥.

(٣) القونوي، قاسم بن عبد الله، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء (جدة: دار الوفاء، ط١، ١٤٠٦هـ) ص١٧٣.

(٤) انظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة قدر. ابن منظور، لسان العرب، مادة قدر.

(٥) الجرجاني، التعريفات، ج٢ص٨٩.

وقد وجدت أن الفقهاء استخدموا هذا المصطلح بهذا المعنى[1] في مواطن عديدة منها:

أ- ما جاء عند الحنفية: "والتحديد بمعنى التقدير"[2].

ب- ما جاء عند الشافعية: "وإنما لم يشترط تقدير المدة لأن العقد الوارد على المنفعة تتبع فيه الحاجة، فإذا اقتضت التأبيد أُبِّد"[3].

ج- ما جاء عند المالكية: "وفرق بين السلّة في التين والعنب ونحوه، وبين الغرارة[4] من القمح ونحوه، بأن القمح له مكاييل معروفة ... وأما التين والعنب فلا مكيال له، ولكن كثرة تقدير الناس به بالسلال تجري مجرى المكيال"[5].

د- ما جاء عند الحنابلة: "ولأن ما ذكروه من الحدّ (أي: في بيان القلتين) تقدير طريقة التوقيف، لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع"[6].

٢-**الفَرَض العقلي**، يقول المناوي: "التقدير: التفكر في الأمر بحسب نظر العقل، وبناء الأمر عليه"[7]، وهذا يقتضي جعل المعدوم كالموجود أو المظنون كالمتحقق، أو عكسهما، بقصد استيفاء البحث في صور المسألة وتفريعاتها المتعددة بحسب ما يقتضيه النظر. وقد استخدم الفقهاء هذا المصطلح في كلامهم كثيراً، ومن الشواهد على ذلك:

---

(١) لكنهم في الغالب يقصرونه على تحديد الأشياء، دون تحديد المعاني.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦ ص١٨٥.

(٣) النووي، الروضة، ج٤ ص٢٢٠.

(٤) "الغِرارةُ: الـجُوالِق، واحدة الغَرائِر". ابن منظور، لسان العرب، مادة غرر

(٥) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ ص٢٨٨.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج١ ص٣٢.

(٧) المناوي، محمد بن عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤١٠هـ) ج٢ ص١٩٧.

أ- ما جاء عند الحنفية: "... فقد علمت أن الوسط (أي: من نفقة الزوجة) معتبر على كل تقدير"(١).

ب-ما جاء عند المالكية: "المسألة الثالثة: في رفض النية، وذكر المصنف أنه مغتفر أيضاً، والرفض في اللغة: الترك، ومعناه هنا: تقدير ما وجد من العبادة والنية كالمعدوم"(٢).

ج-ما جاء عند الشافعية: "فتقام المسألة (أي: قسمة التركة مع وجود حمل) على تقدير واحدٍ وله حالان، لأنه ذكر أو أنثى ..."(٣).

د- ما جاء عند الحنابلة: "ولأن مبنى صلاة الخوف على التخفيف ... فعلى تقدير أن يكون بين المكانين نصف ميل، تحتاج كل طائفة (أي: من المصلين) إلى مشي ميل وانتظار للأخرى قدر مشي ميل"(٤).

ثالثاً: التعيين:

هو لغةً: تخصيص الشيء وتخليصه من الجملة(٥)، **واصطلاحاً**: "جعل الشيء متميزاً عن غيره بحيث لا يشاركه سواه"(٦). ومن الشواهد الفقهية على استعماله في ذلك(٧):

أ- ما جاء عند الحنفية: "ولو كانت فوائت كثيرة فاشتغل بالقضاء يحتاج إلى تعيين

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٣ص١٥٩.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل، ج١ص٢٤٠.

(٣) النووي، الروضة، ج٦ص٨٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٢ص١٣٣.

(٥) انظر الفيومي، المصباح المنير، مادة عين. ابن منظور، لسان العرب، مادة عين.

(٦) لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج١٣ص٤٠.

(٧) يلاحظ أن هذا المصطلح يشترك مع مصطلح "التحديد" في الشق المتعلق بتمييز الأشياء دون المعاني.

الظهر أو العصر ..."[1].

ب-ما جاء عند المالكية: "الصيغة (أي: في الوصية): ما دلّ على تعيين الوصية، فيدخل اللفظ والكتابة والإشارة"[2].

ج-ما جاء عند الشافعية: "الدعوى لها خمسة شروط: أحدها: تعيين المدعى عليه"[3].

د-ما جاء عند الحنابلة: "ويجب تعيين النية في كل صوم واجب"[4].

رابعاً: التقريب:

وهو لغةً: من قولهم: قربته تقريباً بمعنى أدنيته، ويطلق أيضاً على ضرب من ضروب العَدو عند الفرس[5].

أما في استعمال الفقهاء فهو يستخدم في مقابل «التحديد» بمعناه الخاص، وتوضيح هذا أن المقدرات الشرعية منها ما هو «تحديد» أي: أن الحكم يتعلق بذات المقدار المعيّن بحيث لا يغتفر النقص ولو قلّ، ومنها ما هو «تقريب» أي: أن النقص القليل فيها لا يؤثر على تعلّق الحكم بها، والشواهد على هذا المعنى كثيرة منها:

أ-ما جاء عند الحنفية: "لأن المقدار المذكور (أي: الذي يمكثه الإمام بعد الصلاة)

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ج١ ص٢٩٧.

(٢) المواق، التاج والإكليل، ج٦ ص٣٦٦.

(٣) النووي، الروضة، ج١٠ ص٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٣ ص٩.

(٥) انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: قرب. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة :قرب.

من حيث التقريب دون التحديد"[1].

ب-ما جاء عند المالكية: "وهل الثلاثة (أي: الأميال التي بعدها لا تجب الجمعة) تحديد فلا تجب على من زاد عليها الشيء اليسير، أو تقريب -وهو مذهب المدونة- فتجب..."[2].

ج-ما جاء عند الشافعية: "المقدرات أربعة أقسام: أحدها: ما هو تقريب بلا خلاف...ثانيها: تحديد بلا خلاف..."[3].

د-ما جاء عند الحنابلة: "اختلف أصحابنا هل القلتان خمسمائة رطل تحديداً أو تقريباً"[4].

- مما سبق يتبين لي أن التحديد الذي سبق بيان معناه، يشتمل على ذلك المعنى الخاص كما يشتمل على معنى التقريب أيضاً.

المطلب الرابع: العلاقة بين "التحديد" في الفقه، و "التحديد" في المنطق

مصطلح "التحديد" من المصطلحات المستخدمة بكثرة في علم المنطق، غير أنه يستخدم فيه بمعنىً يختلف عن استخدام الفقهاء له في بعض الجوانب، كما يتفق معه في جوانب أخرى، وهذا ما جعلني أبين وجه العلاقة بينهما في هذا المطلب؛ توضيحاً لكلا الاستعمالين.

---

(١) الطحطاوي، أحمد بن محمد، حاشية على مراقي الفلاح (القاهرة: مطبعة البابي الحلبي، ط٣، ١٣١٨هـ) ج٢ص٢١٠.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل، ج٢ص١٦٨.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج١ص٣٦٦.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج١ص٣٣.

التحديد عند أهل المنطق:

جاء في تعريف التحديد أنه "تصوير ونقش لصورة المحدود في الذهن، فالتحديد هو إذن فعل الحدّ"[1]. وهذا التعريف يرشدنا إلى أن الوقوف على معنى "التحديد" متوقف على معرفة معنى الحد.

جاء في تعريف الحد عندهم عدة أقوال منها:

١- "قولٌ دالٌّ على ماهية الشيء"[2].

٢- "وسيلةُ توضيح معاني الأشياء"[3].

٣- "حد الشيء: الوصف المحيط بمعناه"[4].

وهذه تعريفات متقاربة كما هو ظاهر.

والحد الحقيقي في المنطق نوعان: تام وناقص. أمّا التام فيكون بذكر الشيء وفصله القريبين، كتعريف الإنسان بالحيوان الناطق، وأما الناقص فيكون بذكر الفصل القريب وحده، أو به وبالجنس البعيد، كتعريف الإنسان بالناطق، أو بالجسم الناطق[5].

أوجه التشابه والاختلاف:

مما سبق يمكنني القول: إن وجه التشابه بين "التحديد" في الفقه و "التحديد" في

---

(١) مراد، موسوعة البحث العلمي، ص٤٣٨.

(٢) الجرجاني، التعريفات، ج٢ص١٢٢.

(٣) مراد، موسوعة البحث العلمي، ص٤٣٨.

(٤) المناوي، التوقيف، ج٢ص٢٦٩.

(٥) انظر المراجع الثلاثة السابقة.

المنطق تظهر من وظيفة كل منهما وهي: حصول التمايز بين الشيء موضوع التحديد وغيره من الأشياء.

أما وجه الاختلاف فهو: أن "التحديد" المنطقي ينصب على حقيقة الشيء من حيث هي هي، مفترضاً في المحدَّد له خلوَّ الذهن عن غير البديهيات، في حين أن التحديد الفقهي قد يكون كذلك، ولكن الأغلب فيه أنه يأتي بياناً منصباً على تمييز الشيء المحدد من بين مجموعة أشياء تشترك معه في الاسم أو الصفة أو الحضور، فهو يفترض في المحدد له معرفة حقيقة الشيء ومجمل صفاته، دون معرفة عينه أو صفته الخاصة.

يقول الإمام الشاطبي: " المقدمة السادسة: ... إن ما يتوقف عليه معرفة المطلوب قد يكون له طريق تقريبي يليق بالجمهور، وقد يكون له طريق لا يليق بالجمهور وإن فرض تحقيقاً، فأما الأول فهو المطلوب المنبه عليه...فيحصل فهم الخطاب مع هذا الفهم التقريبي حتى يمكن الامتثال، وعلى هذا وقع البيان في الشريعة... وقد بين عليه الصلاة والسلام الصلاة بفعله وقوله على ما يليق بالجمهور، وكذلك سائر الأمور، وهو عادة العرب، والشريعة عربية...فالتصورات المستعملة في الشرع إنما هي تقريبات بالألفاظ المترادفة وما قام مقامها من البينات القريبة..."[١].

ثم يقول: " فظهر أن الحدود على ما شرطه أرباب الحدود (يعني المناطقة) يتعذر الإتيان بها، ومثل هذا لا يجعل من العلوم الشرعية التي يستعان بها"[٢].

ووجه الاختلاف هذا ينعكس على وسائل التحديد، فهي في الفقه تتسع لتشمل كل ما من شأنه أن يقرب صورة المحدود إلى ذهن المكلف بقطع النظر عما إذا كانت ستوصله إلى حقيقة الشيء المراد تحديده أم لا، على ما سيتضح إن شاء الله في الفصل المخصص لهذه الوسائل.

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج١ ص٥٦-٥٧.

(٢) المرجع السابق، ج١ ص٥٨.

المبحث الثالث: تعريف المستحقات لغةً واصطلاحاً

هذا هو المصطلح الثالث الذي لابد من الوقوف على حقيقته في اللغة وفي الاصطلاح؛ من أجل التعريف بموضوع هذه الرسالة.

المطلب الأول: تعريف "المستحقات" لغةً

المستحقات لغةً: جمع مُستَحَق، وهو اسم مفعول من الفعل استحق، الذي معناه استوجب[1]، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسْتَحَقَّآ إِثْمًا ﴾ [المائدة: ١٠٧] أي: استوجباه بالخيانة. ويقال: "استحَق فلان الأمر، أي: استوجبه، فالأمر مستحَق بالفتح"[2].

المطلب الثاني: تعريف "المستحقات" اصطلاحاً

يذكر الفقهاء المستحق في كثير من مباحثهم، ولهم في ذلك مرادان:

١ - **العين التي ثبت فيها الاستحقاق**، والاستحقاق هنا معناه: "ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير"[3]، أو "رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض"[4].

مثال ذلك: أن يبيع شخص لآخر عيناً ما، ثم يثبت أن هذه العين لم تكن مملوكة للبائع، ولم يكن موكلاً ببيعها ولا سلطة شرعية له في التصرف بها، ويظهر مالكها الأصلي مطالباً بها، فعندئذٍ يقال: قد ظهر أن المبيع مستحق، فيترتب على ذلك رفع

---

(١) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة: الحق. الفيومي، المصباح المنير، مادة: حقق.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ج١٠ ص٥٣.

(٣) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، حاشية رد المحتار على الدر المختار (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٨٦هـ) ج٤ ص١٩١.

(٤) الخرشي، محمد بن عبد الله، حاشية على الشرح الكبير (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت) ج٦ ص١٥٠.

ملك المشتري وإثبات ملك المالك الأصلي ... وغير ذلك من الأحكام[1].

وهذا الاستعمال هو الأكثر شيوعاً عند الفقهاء الأقدمين، وهو يدخل في نطاق هذا البحث من حيث الجملة، ولكنه ليس كل المراد هنا.

٢- **محل الحقّ**[2]، بمعناه الواسع المستفاد من كونه ركناً من أركان الحق الثلاثة، والتي هي: ١) صاحب الحق، و ٢) من عليه الحق، و ٣) محل الحق[3].

وهذا المعنى هو المراد من بحثي هذا، والوقوف على حقيقته أمر مهم لبيان النطاق العام للنظرية، غير أن هذا يتوقف على معرفة معنى الحق، وعلى علاقة الحق بالمستحق، وما يدخل في نطاق الحق وما لا يدخل، وهذا يستلزم بحث عدة نقاط للوصول إلى تعريف صحيح للمستحق.

أولاً: تعريف الحق:

فيما يلي مجموعة من التعريفات التي وقفت عليها للحق عند من بحث فيه كنظرية[4]:

---

(١) انظر تفصيل الموضوع في: لجان الموسوعة،الموسوعة الكويتية، ج٣ص٢١٩-٢٣٦. لجان الموسوعة،موسوعة الفقه الإسلامي-المصرية (القاهرة: دار الكتاب المصري، د.ط، ١٣٩١هـ)، ج٦ص٤٦-٧٠. الكزني، محمد أحمد، نظرية الاستحقاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني (القاهرة: مكتبة النهضة، د.ط، د.ت).

(٢) انظر: الزركشي،محمد بن بهادر، المنثور في القواعد (الكويت: وزارة الأوقاف، ط٢، ١٤٠٥هـ) ج١ ص٣٥٥.

(٣) انظر: أبو سنه، نظرية الحق، ص٥٣. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤ص١٠. الموسوعة الكويتية، ج١٨ ص١٢.

(٤) اقتصرت هنا على تعريفات المحدثين لأنها تعبر عن الحق كمفهوم عام وأساس لنظرية الحق التي تنتمي إليها هذه النظرية.

١- "ما ثبت للإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه"[1].

٢- "ما ثبت في الشرع لله أو الإنسان على الغير"[2].

٣- "ما ثبت للإنسان أو عليه قِبَلَ غيره".[3]

٤- "ما كان مصلحةً لها اختصاص بصاحبها شرعاً"[4].

٥- "مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستئثار يقررها المشرع الحكيم"[5].

٦- "اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً"[6].

٧- "اختصاص يقرّ به الشرع سلطةً على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحةٍ معينةٍ"[7].

ثانياً: تحليل هذه التعريفات:

هذه التعريفات وإن كان كل واحدٍ منها يكاد يكون جامعاً مانعاً في الدلالة على ما يصدق عليه لفظ الحق، إلا أنها متباينة بخصوص أمرين لهما علاقة مباشرة بمفهوم

---

(١) الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية (القاهرة، دار الفكر العربي، ط٣،د.ت) ص ٢٨ .

(٢) أبو سنه، نظرية الحق، ص٥٠.

(٣) حنفي، محمد الحسيني، المدخل، ص٣٠٥. نقلاً عن: حسين، أحمد فراج ورفيقه، النظريات العامة في الفقه الإسلامي (بيروت: دار النهضة، د.ط، ١٩٩٢) ص١٢.

(٤) الخفيف، علي، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، ص٩. نقلاً عن المرجع السابق، ص١٣.

(٥) محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامي، ص٢١١. نقلاً عن مذكور، محمد سلام ورفاقه، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني (القاهرة: الدار العربية للموسوعات، د.ط، ١٩٧٨م)، ج١ ص٥٠٩.

(٦) الزرقا، المدخل، ج٣ص١٠.

(٧) الدريني، الحق، ص١٩٣.

المستحق، وهذان الأمران هما:

١ - ماهيّة الحق، وعلاقتها بالمستحق.

أي: ما يصلح أن يكون جنساً في تعريف الحق، وصلة ذلك بمحل الحق، حيث يبدو لي أن هناك توجهين رئيسين في هذا الشأن:

التوجه الأول: وهو الذي يذهب إلى أن ماهيّة الحق هي الشيء الثابت شرعاً، أي: بحكم الشرع وهذا ما ذهب إليه أصحاب التعاريف الثلاثة الأولى.

التوجه الثاني: الذي يذهب إلى أن ماهيّة الحق ليست هي عين الشيء الثابت، وإنما هي أمر آخر، عبّر عنه بعضهم بأنه مصلحة[1]، وعبّر البعض الآخر عنه بأنه اختصاص.

وسبب هذا الاختلاف يعود في رأيي إلى استعمالات الفقهاء القدامى للفظ «الحق» إذ إنهم "يطلقونه مرة على كل عين أو مصلحة تكون للشخص بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو منعها عن غيره أو بذلها له ... فيطلق على الأعيان المملوكة، فيقال: هذه الدار حقي، كما يطلق على الملك نفسه فيقال: هذه الدار حق من حقوقي ... إلخ"[2] وفي هذا الاستعمال مستمسك قوي لأصحاب التوجه الأول.

كما أننا نجدهم أيضاً يستعملون لفظ «الحق» "تارةً أخرى في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة، وفي هذه الحالة لا يريدون به ذلك المعنى العام الذي سبق بيانه، وإنما يريدون منه حينئذٍ المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا في اعتبار الشارع

---

(١) من الذين ذهبوا إلى هذا أيضاً: السنهوري، مصادر الحق والالتزام في الفقه الإسلامي، ج١ ص٧. محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود (بيروت: دار العلم للملايين، ط٣، ١٩٨٣م) ج١ ص٣٥.

(٢) مدكور، الوسيط، ص٥١٠. وقريباً من هذا عند الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ص٢٨.

وفرضه ..."[1] وفي هذا مستمسك قوي لأصحاب التوجه الثاني.

أما الخلاف الذي بين أصحاب الاتجاه الثاني أنفسهم فمنشأه زاوية النظر إلى الحق، فمن نظر إليه من زاوية الموضوع قال: إنه مصلحة، ومن نظر إليه من زاوية صاحبه قال: إنه اختصاص[2]، وهذا الخلاف على أية حال لا يؤثر على تحديد مفهوم المستحق، كما هو الخلاف الأول.

والمختار عندي في الخلاف الرئيسي هو التوجه الثاني القائل بأن ماهيّة الحق ليست هي الشيء الثابت، لسبب هو:

أن التوجه الأول لم يفصل بين ماهيّة الحق (جوهره) وبين محل الحق (المستحق)، بل إنه جعلهما أمراً واحداً، مع أن محل الحق باتفاق الطرفين ليس إلا ركناً من أركان الحق، ولا يصح أن يكون ركن الشيء هو ذاته[3].

٢- ما يدخل في نطاق الحق وما لا يدخل.

محل الخلاف هنا هو "الإباحة العامة" كالسير في الطريق والشرب من النهر والتملك والتزوج وما شابه، فهل هذه الأشياء داخلة في مسمى الحق أو لا؟ توجهان:

التوجه الأول: وهو الذي يظهر من التعريفات الثلاثة الأولى أيضاً، ومن نص

---

(١) انظر المرجعين السابقين.

(٢) انظر: أحمد فراج، النظريات العامة، ص١٦. على أنني وجدت أن هذين التوجهين موجودان لدى القانونيين أيضاً. انظر: شحادة، محمد وجيه، المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام (حلب: جامعة حلب، د.ط، ١٤٠٢هـ) ص١٣٤.

(٣) انظر: الدريني، الحق، ص١٨٩-١٩٠، وانظر: كيره، حسن، المدخل إلى القانون (بيروت: مكتبة مكاوي، د.ط، ١٩٧٧) ج٢ص٨٢٥. البيه، محسن، شرح القانون المدني الكويتي/ نظرية الحق (الكويت: مكتبة الصفار، ط١، ١٤٠٩هـ) ص٤٣٨.

بعض أصحابها[1]، يرى أن هذا النوع من التصرفات يدخل ضمن مفهوم الحق، وحجتهم في ذلك استعمال الفقهاء لكلمة "حـق" فيما ما فيه اختصاص وفيما فيه اشتراك أيضاً[2].

التوجه الثاني: وهو الذي يظهر من التعريفات الأخرى ومن نص أصحابها أيضاً[3]، يرى عدم دخولها، وحجتهم في ذلك أنه "لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه ممنوعة من غيره ... فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذي هو قوامها وحقيقتها،وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها، وإنما هي من قبيل الإباحات العامة..."[4].

- والمختار عندي هو التوجه الثاني للأسباب التالية:

١-إن هذه المسألة في حقيقتها فرع من المسألة التي سبقتها، ولذا يُرى التلازم بينهما في التعريفات السابقة، ووجه التفرع يظهر عند أصحاب التوجه الأول خصوصاً، فهم جعلوا الحق مرادفاً للثابت شرعاً، فجرهم ذلك إلى عدّ الإباحة -وهي ثابتة أيضاً- ضمن مسمى الحق، ولكن فاتتهم أمور أخرى تميز بين جوهر كلٍّ منهما. وإذا كان الأمر كذلك فإن عدم ترجيح الأصل يقتضي عدم ترجيح فرعه.

٢-مع تمسك أصحاب الفرع الأول باستعمال الفقهاء، إلا أن هناك فرقاً واضحاً بين مفهوم الحق والإباحة "فمثلاً حرية الشخص في التملك والزواج مجرد رخصة لا يثبت له بذلك ملك أو معاشرة، فالإنسان يملك أن يتملك أربعين شاة، ومع هذا لا

---

(١) أبو سنه، نظرية الحق، ص٥٢.

(٢) المرجع السابق، ص٥٢.

(٣) انظر: الزرقا، المدخل، ج٣ص١١. الدريني، الحق، ص٢٠٠. السنهوري، مصادر الحق، ج١ص٩.

(٤) الزرقا، المدخل، ج٣ص١١.

يُعَدُّ قبل الشراء مالكاً ولا تجب عليه الزكاة، ويملك الإنسان أن يتزوج ومع هذا لا يُعد قبل الزواج زوجاً ولا يجب عليه مهرٌ أو نفقة ..."[1].

٣-فرق آخر بينهما أن "الحق يعطي صاحبه - على مضمون الحق- مركزاً ممتازاً بالنسبة إلى الآخرين، فهو يستأثر بمضمون الحق دون سائر الناس، ومعنى ذلك أن الحق يقوم على أساسٍ من عدم التساوي بين مراكز الأفراد، فيختص صاحب الحق بمركز ممتاز ينفرد به دون سائر الناس"[2] وليس الأمر كذلك بالنسبة للإباحة.

أما ما تمسك به الفريق الأول من استعمال الفقهاء فيمكن الإجابة عليه بأن هذا من قبيل المجاز العرفي[3].

ثالثاً: التفريق بين موضوع الحق ومحله (المستحق):

من الأمور التي تذكر هنا أن بعض الباحثين لم يفرق بين موضوع الحق ومحل الحق، فجعل منهما شيئاً واحداً، يقول الأستاذ الدريني:"فالثابت استيفاؤه بمقتضى الحق ليس هو الحق بل موضوعه ومحله"[4]، وهذا التعريف في الحقيقة يصدق على الموضوع دون المحل، لأن المحل ينبغي أن يكون أمراً منضبطاً ينصب عليه موضوع الحق ويحل فيه[5].

---

(١) مدكور، الوسيط، ص٥١٣.

(٢) المرجع السابق، ص٥١٤.

(٣) انظر: الزرقا، المدخل، ج٣ص١٢.

(٤) الدريني، الحق، ص١٩٠.

(٥) على أنني وجدت في كلام أستاذنا الدريني ما يدل على معرفة هذا الفرق إذ يقول: "هذه السلطة التي هي قرين لا ينفك عن الاختصاص...قد تكون منصبة على شيء...أو تكون منصبة على اقتضاء أداء من آخر".المرجع السابق ص١٩٤.

و موضوع الحق هذا هو عبارة عن سلطة[1] قد تكون منصبة على محل الحق مباشرة بلا واسطة كسلطة مالك العين على ملكه، وقد تكون منصبةً على أداءٍ للمحل يقوم به طرف آخر لصاحب الحق، كسلطة الدائن على الدين الثابت في ذمة المدين.

رابعاً: التعريف المختار للمستحق:

بناءً على ما تقدم من مناقشات يمكنني القول: إن أي تعريف للمستحق يجب ألا يدخل فيه جوهر الحق ولا موضوعه، كما يجب ألا تدخل فيه الإباحة من بابٍ أولى، وعلى هذا فالتعريف المختار للمستحق هو : ما وردت عليه سلطة ممنوحة شرعاً على وجه الاختصاص .

---

(١) يرى الأستاذ الزرقا – في المدخل، ج٣ص١١ – أن موضوع الحق إما أن يكون سلطة – على شيء أو على شخص –أو يكون تكليفاً على آخر، وهذا نظرٌ إلى موضوع الحق من زاويتين مختلفتين، فعندما يقال: إن موضوع الحق سلطة فإن النظر يكون إلى ما ثبت لصاحب الحق، وعندما يقال: إنه تكليف فإن النظر يكون إلى ما ثبت على آخر، أما قولي هنا بأن موضوع الحق هو سلطة دائماً – كما بينت– ففيه توحيد لزاوية النظر إلى موضوع الحق وهذا أصوب، والله تعالى أعلم.

المبحث الرابع:

تعريف "نظرية تحديد المستحقات" من حيث التركيب

في المباحث الثلاثة السابقة[1] تم التعريف لغةً واصطلاحاً بالعناصر الثلاثة التي يقوم عليها البحث، وهي: النظرية، والتحديد، والمستحقات. ولا يكمل التعريف بموضوع البحث -والذي هو مقصود هذا الفصل- إلا ببيان المعنى المتحصل من تركيب هذه العناصر، حيث سأبدأ ببيان المعنى المتحصل من تركيب لفظ"تحديد" مع لفظ "مستحقات" ثم بيان المعنى المتحصل من إضافة لفظ "نظرية" إليهما.

المطلب الأول: بيان المقصود من "تحديد المستحقات"

بناء على تعريفي السابق للمصطلح "تحديد" والمصطلح "مستحقات" يمكنني القول: إن تحديد المستحقات هو:

بيانٌ يتميز به الأمر الذي صح شرعاً أن ترد عليه سلطة ممنوحة من الشرع على وجه الاختصاص.

- وبهذا التعريف أكون قد أثبت جملة من الأمور أهمها:

١-إن المقصود من تحديد المستحق هو حصول التمايز بينه وبين غيره من المستحقات، وكذا بينه وبين غيره من الأشياء، إذ إنه قد "ظهر في الكلام -ظهوراً لا يُستجاز المراء فيه- أن الحدود تتضمن حصر المحدودات، ولذلك تساق، ولهذا الغرض تساق، فإذا كان الحكم وراء المحدود كالحكم فيما يحويه الحد، فلا غرض في الحد"[2].

---

(١) انظر ص٣٤-٦٨من هذه الرسالة.

(٢) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه (المنصورة: دار الوفاء، ط٤، ١٤١٨هـ) ج١ص٣٠٩.

٢-إن هذا التمايز الحاصل من جراء التحديد يقصد منه بيان المجال الذي يصح شرعاً أن ترد عليه السلطة الممنوحة بموجب الحق، مما يعني أن تجاوز هذا المجال مخالفة تستوجب تدخل الشرع بحكم مناسب، يقول الله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٢٢٩﴾﴾ [البقرة: ٢٢٩].

٣-إن صحة تحديد المستحق مرهونة بمصادقة الشرع عليه، ولذا فهو يعد بهذا الاعتبار حكماً شرعياً يجب أن يستند إلى أدلة الشرع التفصيلية، التي قد تبينه على وجه الخصوص أو على وجه العموم[1].

المطلب الثاني: بيان المقصود من "نظرية تحديد المستحقات"

هي: مجموعة من الأحكام المجردة المستنبطة من القواعد والفروع الفقهية ذات الصلة ببيان ما تتميز به الأمور -التي صح شرعاً أن ترد عليها السلطة الممنوحة بموجب الحق- بعضها عن بعض، وهذه الأحكام مرتبة ترتيباً علمياً منهجياً، بقصد بيان الفكرة التشريعية الجامعة لتلك القواعد والفروع.

شرح التعريف:

١-**مجموعة من الأحكام المجردة المستنبطة**: هذا بيان لحقيقة الموضوع من حيث إنه نظرية فقهية ملتزمة بشرطها، فالنظرية لا تُعنى بحشد الفروع والجزئيات الفقهية -كما هي- في صعيد واحد، فهذه ليست وظيفتها، وإنما وظيفتها تجريد تلك الأحكام المتماثلة من خصوصيتها والارتقاء بها لتصير فكرة عامة صالحةً للتطبيق على هذه الفروع وعلى غيرها.

٢-**من القواعد والفروع الفقهية ذات الصلة**: هذا بيان للمادة العلمية (الحقائق) التي ستقوم النظرية بدراستها وملاحظتها ثم البناء عليها، وهي عبارة عن مجموعة

---

(١) كما سيأتي توضيحه في الباب الثالث إن شاء الله تعالى. انظر ص١٧١ من هذه الرسالة.

خاصة (ذات موضوع تشريعي واحد) من القواعد والفروع الفقهية، لذا فإن النظرية فقهية وليست قانونية أو اقتصادية ... إلخ.

٣-ببيان ما تتميز به الأمور التي صح شرعاً أن ترد عليها السلطة الممنوحة بموجب الحق: في هذا بيان موجز للنطاق العام والنطاق الخاص للنظرية، أما النطاق العام فهو المستحقات، وأما الخاص فهو التحديد، على ما سبق تعريفهما مفصلاً.

٤-وهذه الأحكام، أي: المجردة التي يشكل مجموعها نظريةً.

٥-مرتبة ترتيباً علمياً منهجياً: ضمن أنواع وكيفيات ووسائل وأحكام...إلخ، تشكل بمجموعها الهيكل العام للنظرية.

٦-بقصد بيان الفكرة التشريعية الجامعة لتلك القواعد والفروع: هذا هو هدف النظرية وغايتها البعيدة.

ويرى الباحث أن صلاحية إضافة التحديد إلى المستحقات قد ثبتت شكلاً[1] وموضوعاً[2]:

أما شكلاً ففيما قدمته من أن التحديد يقع على المعاني الفقهية كما يقع على متعلقاتها المادية، والمستحقات لا تخلو من أن تكون واقعةً تحت أحد هذين الصنفين، وهذا ما سيتبين في الباب التالي. وأما موضوعاً ففيما أشار إليه الباحثون في نظرية الحق، من أنه ما من حق إلا وقد حدد[3]، وهذا التحديد " قد يكون بالنسبة لمن عليه الحق، وقد يكون في الشيء المستحق، وقد يكون في المكان أو الزمان، أو الاتجاه أو غير ذلك"[4].

---

(١) شكلاً: أي أن مصطلح "تحديد" قابل للإضافة -عقلاً- إلى مصطلح "مستحقات" بقطع النظر عما إذا كانت الإضافة تعني أمراً في الخارج أم لا.

(٢) موضوعاً: أي أن هذه الإضافة تدل على حقيقة موجودة، تشكِّل موضوعاً فقهياً.

(٣) انظر: أبو سنه، نظرية الحق، ص٦٠. وانظر: الشاطبي، الموافقات، ج١ص١٥٦-١٦٠، وكلام الإمام الشاطبي وإن كان ظاهره تقسيم الحقوق إلى نوعين محدود وغير محدود، إلا أنه عاد فقرر أن غير المحدود مآله التحديد فيقول: "فإذا تعينت حاجة تبين مقدار ما يحتاج إليه فيها، بالنظر لا بالنص". وانظر أيضاً: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص٢٦٥.

(٤) لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج١٨ ص٣٥. وانظر :المراجع السابقة أيضاً.

المبحث الخامس: أهلية الموضوع لأن يكون "نظرية"

إن أي موضوع هدفه البحث عن النظرية العامة التي تحكم فروعاً فقهيةً ما، لابد أن تتوفر فيه مجموعة من المقومات على مستوى المنهج وعلى مستوى المادة العلمية التي يقوم عليها، لذا فإنه لا بد من التحقق من وجود هذه المقومات في موضوعي هذا؛ لبيان مدى استحقاقه لهذا الاسم.

المطلب الأول: على مستوى المنهج

إن من الصعوبة بمكان أن يُحاكَم البحث -وخاصة في خطوات متقدمةٍ منه- ليُعرف مدى التزامه بمنهج البحث التي ارتضاها الباحث له، غير أن هذا لا يعفي الباحث من إيضاح الخطوط العريضة لتلك المنهجية ومدى تأثيرها في بناء هيكلية البحث، ولتكون هذه الخطوط أيضاً الأساس الذي يُحاكم عليه بحثه مستقبلاً.

وبما أن منهجية البحث التي يسير عليها هذا الموضوع ليست جديدةً سواء في البحث العلمي ككل أو في البحث الفقهي خاصةً، فإن الباحث يورد هنا نصين يوضحان كيفية بناء النظرية العلمية والفقهية.

١-يقول د. عبد الفتاح مراد: "بناء النظرية العلمية يعتمد على جهد عقلي تركيبي - من جانب الباحث- يتميز بالنظرة الكلية إلى الحقائق الجزئية ويحرص على تنظيم الأجزاء في نطاق كل موحد... "[1].

٢-يقول د. جمال عطية: "إن البحث عن النظريات الفقهية ليس من السهولة بالصورة التي نبحث بها عن الأحكام الفرعية للمسائل الفقهية ... إذ إن هذه النظريات متناثرة بين العديد من المصنفات وهي بحاجةٍ إلى اكتشاف وتجميع وترتيب،

(١) مراد، موسوعة البحث العلمي، ص١٤٥٥.

وقد يسهل الاكتشاف أحياناً إذا اقتصر على الوجود المادي، ولكنه في أحيان كثيرة يحتاج إلى جهد علمي لاستخراجه من الأحكام الفرعية، التي تختفي وراءها النظريات"[1].

يظهر من النصين السابقين أن المقومات المنهجية للبحث التنظيري هي:

١ - نطاق أو مجال محدد تعمل فيه النظرية (موضوعها)، ومثاله في المجال الفقهي: العقد والملكية والأهلية ... إلخ.

٢- انتقال ذهني من جزئيات هذا النطاق إلى حقائقه الكلية، كالقول مثلاً: إن العقد يتم بالإيجاب والقبول بناءً على ما وجدناه في كلام الفقهاء من أن عقد البيع يتم بالإيجاب والقبول، وعقد الإجارة يتم بالإيجاب والقبول، وكذا عقد الشركة ... إلخ.

٣- تنظيم وترتيب منطقي لهذه الحقائق، كبناء نظرية العقد على أركان وشروط وأحكام عامة ... إلخ.

٤- غاية معينة تسير نحوها الحقائق العلمية ضمن هذا الترتيب، كبيان الفكرة العامة الجامعة لأحكام العقد أو فكرة الحق ... إلخ.

ويمكن تلمّس هذه العناصر والمقومات في بحثي هذا فيما يلي:

١ - نطاق النظرية: تم تحديد نطاقين للنظرية أحدهما عام والآخر خاص، أما العام فهو المستحقات، وأما الخاص فهو التحديد، والنطاق الخاص هو المقصود بالبحث ابتداءً، لكنني أرى أن وجوده كمفهوم تشريعي متكامل يظهر جلياً إذا بحث ضمن ذلك النطاق العام.

---

(١) عطية، التنظير الفقهي، ص١٠.

٢-الانتقال الذهني: تظهر ملامح هذا العنصر من خلال عناوين الأبواب والفصول والمباحث التي يتكون منها هيكل البحث، إذ إنها تترجم لموضوعات كلية لا لمسائل جزئية كما هو الحال في كتب الفروع، مما ينبئ عن اهتمام البحث بإبراز الفكرة التشريعية لا المسائل الجزئية.

على أن هذا العنصر وما تحته من تفصيلات يمثل لبّ البحث من ناحية، كما يمثل موضع النظر والنقد فيه، لما تتميز به النظرية العلمية من كونها نسبية وتقريبية[1].

٣- الترتيب: تختلف النظريات الفقهية بعضها عن بعض في ترتيب موضوعاتها والعناصر المبحوثة فيها تبعاً للنطاق الذي تعمل فيه[2]، ولما كان نطاق هذه النظرية هو المستحقات وتخصيصاً تحديدها، فإن الأمر يتطلب معرفة معنى المستحقات، وبيان أهم الموضوعات المتعلقة بها، وهذا ما سيتكفل به الباب الثاني[3] بالإضافة إلى ما سبق من هذا الباب.

فإذا انتقلنا إلى النطاق الخاص وهو التحديد، فإن أهم القضايا التي يمكن بحثها فيه هي: أنواعه ومصادر ثبوته وكيفيته ووسائله، وهذا ما تكفل ببيانه البابان الثالث والرابع من هذه الرسالة[4].

أما أحكام النظرية العامة وهي ثمرتها وغايتها العلمية الأولى، فلها باب خاص في البحث هو الباب الخامس و الأخير.

٤-غاية البحث: لا تختلف غاية هذا البحث العامة عن غاية غيره من أبحاث

---

(١) مراد، موسوعة البحث العلمي، ص١٤٥٥. الحسني، نظرية المقاصد، ص٣٠.

(٢) راجع: الزرقا، المدخل، ج٢وج٣.

(٣) انظر ص ١١١ من هذه الرسالة.

(٤) انظر ص١٧١ و٢٥١ من هذه الرسالة.

التنظير الفقهي المعاصرة، ويبقى الاختلاف في الغاية الخاصة.

أما الغاية العامة: فهي الإبانة عن الفكرة التشريعية العامة التي تفسِّر العلاقة بين جملة من القواعد والفروع الفقهية[1]، وأما الخاصة فهي الإبانة عن فكرة تحديد المستحقات كفكرة تشريعية عامة تفسر العلاقة بين القواعد والفروع المتصلة بهذا النطاق.

المطلب الثاني: على مستوى المادة العلمية

أهم ما يجب توفره في المادة العلمية الفقهية (الحقائق الجزئية) التي تبنى عليها النظرية أمران:

الأول: أن تكون جزئيات هذه المادة "موزعةً في أبواب الفقه المختلفة"[2] أي ليست مقتصرة على باب من الأبواب، وهذا ما يجعل النظريات عموماً منبثةً في الفقه "كانبثاث أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني"[3].

الثاني: أن تقوم بين تلك الجزئيات صلة موضوعية، أي أنها "متشابهة في الأركان والشروط والأحكام العامة، وإن كان لكل موضوع أركان وشروط وأحكام خاصة به"[4].

وأنقل فيما يلي نصوصاً تبرهن توافر هذين الشرطين في جملة من الفروع الفقهية، مما يؤهلها لأنه تشكل -هي ومثيلاتها مما سيورده الباحث في أثناء هذه الرسالة- نطاقاً صالحاً لبناء نظرية عليه.

---

(١) انظر ما سبق في تحليل تعريفات "النظرية الفقهية" في الباب الأول ص ٤٠ من هذه الرسالة.

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤ ص٧.

(٣)الزرقا، المدخل، ج١ ص٢٣٥.

(٤) أبو سنه، نظرية الحق، ص٤٤.

١-ما قاله الإمام الشاطبي:

"الحقوق الواجبة على المكلف على ضربين -كانت من حقوق الله، كالصلاة والصيام والحج، أو من حقوق الآدميين كالديون والنفقات والنصيحة، وإصلاح ذات البين، وما أشبه ذلك-:

أحدهما: حقوق محدودة شرعاً، **والآخر:** حقوق غير محدودة، فأما المحدودة المقدرة فلازمة لذمة المكلف، مترتبة عليه ديناً حتى يخرج عنها، كأثمان المشتريات وقيم المتلفات، ومقادير الزكوات، وفرائض الصلوات،وما أشبه ذلك. فلا إشكال في أن مثل هذا مترتب في ذمته ديناً عليه، والدليل على ذلك التحديد والتقدير، فإنه مشعر بالقصد إلى أداء ذلك المعيَّن، فإذا لم يؤده فالخطاب باقٍ عليه ولا يسقط عنه إلا بدليل.

وأما غير المحدودة فلازمة له، وهو مطلوب بها، غير أنها لا تترتب في ذمته ... ومثاله الصدقات المطلقة وسدّ الخلاّت ودفع حاجات المحتاجين وإغاثة الملهوفين وإنقاذ الغرقى، والجهاد، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، ويدخل تحته سائر فروض الكفايات.

فإذا قال الشارع ﴿وَأَطۡعِمُواْ ٱلۡقَانِعَ وَٱلۡمُعۡتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦] فمعنى ذلك طلب رفع الحاجة في كل واقعةً بحسبها من غير تعيين مقدار، فإذا تعينت حاجة تبين مقدار ما يحتاج إليه فيها بالنظر لا بالنص"[١].

٢-ما قاله الإمام الخطيب الشربيني:

"فائدة: المقدرات أربعة أقسام: أحدها: ما هو تقريب بلا خلاف، كسن الرقيق المسلم فيه أو الموكل في شرائه. ثانيها: تحديد بلا خلاف، كتقدير مسح الخف وأحجار الاستنجاء وغسل الولوغ، والعدد في الجمعة، ونصب الزكوات، والأسنان المأخوذة

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج١ص١٥٦-١٥٧.

فيها وسن الأضحية، والأوسق في العرايا، والحول في الزكاة، والجزية، ودية الخطأ، وتغريب الزاني، وإنظار المولى، والعنين، ومدة الرضاع، ومقادير الحدود. ثالثها: تحديد على الأصح، فمنه أميال مسافة القصر، ومنه تقدير خمسة أوسق بألف وستمائة رطل... رابعها: تقريب على الأصح كسن الحيض والمسافة بين الصفين"[1].

٣-ما قاله ابن عاشور:

"نوط التشريع بالضبط والتحديد ... بينت فيما سلف أن مقصد الشريعة في إناطة أحكامها أن تكون مرتبة على أوصاف ومعانٍ، وأقفي ذلك بأن الشريعة لما قصدت التيسير على الأمة في امتثال أحكامها وإجرائها في سائر الأحوال، عمدت إلى ضبط وتحديد يتبين بهما جلياً وجود الأوصاف والمعاني التي راعتها.

فبذلك قد نصبت للعلماء أمارات التشريع بالأوصاف والمعاني المراعاة فيه، ونصبت لمن دونهم حدوداً وضوابط تحتوي على تلك المعاني التي قد تخفى على أمثالهم، وهي صالحة لأن تكون عوناً للعلماء تهديهم عند خفاء المعاني في الأوصاف أو وقوع التردد فيها...فلذلك لم يكن لِمُتَعَرِّفِ مقاصد الشريعة غنى عن معرفة جميع ما ذكرناه"[2].

وقد وجدت أيضاً أن أحد الباحثين المعاصرين قد وصل إلى مثل هذه النتيجة من قبل، وهو الدكتور صبحي محمصاني إذ يقول: "فعلماء أصول الفقه قد بحثوا في الواجبات والحقوق، وبنوا عليها نظرية قيّمة، فقسموها إلى محدود وغير محدود ..."[3] وهو بذلك يشير إلى كلام الإمام الشاطبي الذي أوردته في النقطة السابقة.

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج١ص٢٥.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص٢٦٥.

(٣) محمصاني، الموجبات والعقود، ج١ص٢٨.

الفصل الثاني

أصول نظرية تحديد المستحقات ومكانتها

هذا الفصل مخصص لثلاثة أغراض: الأول: تتبع أصول النظرية من الكتاب والسنة، الثاني: بيان أصولها في الفقه وأصول الفقه، الثالث: بيان مكانة النظرية في التشريع والفقه، وسأبحث كلاً منها في مبحث خاص.

المبحث الأول: أصول النظرية في الكتاب والسنة

يمكن تتبع أصول هذه النظرية في الكتاب الكريم والسنة المطهرة من طريقين:
الأول: طريق النصوص العامة التي تعرضت للتحديد بشكل مباشر أو غير مباشر.
الثاني: طريق النصوص الخاصة التي جاءت في تحديد مستحقٍّ شرعي ما، وهي في الوقت نفسه تشير إلى جانب من جوانب النظرية المختلفة.

المطلب الأول: النصوص العامة

لم ترد لفظة «تحديد » ولا لفظة «مستحقات» بهذه الصيغة في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية، وإنما وردت ألفاظ مشتقة منهما، ونصوص تدل على معناهما، حتى إن مشتقات الجذر «حدد» وردت في القرآن الكريم تسع عشرة مرة[1]. وفيما يلي جملة من النصوص الدالة على هذا:

١-قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

٢-قوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

---

(١) عبد الباقي، محمد فؤاد، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم (بيروت: مكتبة التراث الإسلامي، د.ط، د.ت) ص١٩٥.

٣-قوله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ يُدْخِلْهُ جَنَّٰتٍ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَا ۚ وَذَٰلِكَ ٱلْفَوْزُ ٱلْعَظِيمُ ﴿١٣﴾ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدًا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴿١٤﴾ ﴾ [النساء: ١٣ - ١٤].

٤-قوله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا ۗ ﴾ [البقرة: ١٨٧].

٥-ما رواه أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : "إن الله حدّ حدوداً فلا تعتدوها، و فرض لكم فرائض فلا تضيعوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وترك أشياء من غير نسيان من ربكم ولكن رحمة منه لكم فاقبلوها ولا تبحثوا فيها"[(١)].

٦-ما رواه النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ :"مثل المدهن في حدود الله والواقع فيها مثل قوم استهموا سفينةً، فصار بعضهم في أسفلها، وصار بعضهم في أعلاها، فكان الذي في أسفلها يمرون بالماء على الذين في أعلاها، فتأذوا

---

(١) هذا الحديث رواه: الحاكم النيسابوري، محمد بن عبد الله، المستدرك على الصحيحين (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ) ج٤ص١٢٤، ولم يتعقبه الذهبي بشيء، ورواه الدارقطني، علي بن عمر، السنن (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٣٨٦هـ) ج٤ص١٨٤. والبيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى (مكة المكرمة: دار الباز،د.ط، ١٤١٤هـ) ج١٠ص١٢. والطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الكبير (الموصل: مكتبة العلوم والحكم، ط٢، ١٤٠٤هـ) ج٢٢ص٢٢١ بإسناد قال عنه الهيثمي، علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (القاهرة: دار الكتاب العربي، د.ط، ١٤٠٧هـ) ج١ص١٧١: "رجاله رجال الصحيح". وله شاهد من حديث ابن عباس رواه الطبراني، أحمد بن سليمان، المعجم الصغير(بيروت: المكتب الإسلامي،١٤٠٥هـ) ج٢ص٢٤٩، وفي الكبير ج٢٢، ص٢٢١، و أبو يعلى، أحمد بن علي، المسند (دمشق: دار المأمون،ط١، ١٤٠٤هـ) ج٤ص٣٤٣. وأشار إلى صحة الحديث بالجملة: ابن كثير، إسماعيل ابن عمر، تفسير القرآن العظيم (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤٠١هـ) ج١ص٢٧٨. وانظر « جامع العلوم والحكم» ٢/ ١٥٠ الحديث الثلاثون، فقدتكلم عنه الحافظ ابن رجب باستفاضة.

به، فأخذ فأسا فجعل ينقر أسفل السفينة، فأتوه، فقالوا: ما لك؟ قال: تأذيتم بي ولا بد من الماء! فإن أخذوا على يديه أنجوه ونجّوا أنفسَهم، وإن تركوه أهلكوه وأهلكوا أنفسهم"[1].

و من أهم ما جاء في تفسير "الحدود" في نصوص الكتاب والسنة بشكل عام ما يلي:

١- ما قاله الإمام الطبري: "اختلف أهل التأويل في تأويل قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾ فقال بعضهم: يعني به تلك شروط الله ... وقال آخرون: بل معنى ذلك تلك طاعة الله ... وقال آخرون: معنى ذلك تلك سنة الله وأمره، وقال آخرون: معنى ذلك تلك فرائض الله. قال أبو جعفر: وأولى الأقوال في ذلك بالصواب ما نحن مبينوه، وهو أن حدّ كل شيء ما فصل بينه وبين غيره، ولذلك قيل لحدود الدار وحدود الأرضين حدوداً؛ لفصولها بين ما حُدّ بها وبين غيرها، فكذلك قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾، معناه القسمة التي قسمها لكم ربكم، والفرائض التي فرضها -لأحيائكم من موتاكم في هذه الآية- على ما فرض وبيّن..."[2].

ويقول في موضع آخر: "وسميت حدود الله لأنها تمنع أن يدخل فيها ما ليس منها وأن يخرج منها ما هو منها"[3].

٢- ما قاله ابن الأثير: "... الحد والحدود في غير موضع، وهي محارم الله وعقوباته

---

(١)رواه البخاري، محمد بن إسماعيل، الصحيح (بيروت: دار ابن كثير، ط٣، ١٤٠٧هـ) في كتاب الشهادات، باب القرعة في المشكلات، رقم٢٥٤٠ ترقيم د. البغا.

(٢)الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن(بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤٠٥هـ) ج٢ص٢٨٩-٢٩٠.

(٣)المرجع السابق، ج٢ص٣٣٧.

التي قرنها بالذنوب، وأصل الحدّ: المنع والفصل بين الشيئين، فكأن حدود الشرع فصلت بين الحلال والحرام، فمنها ما لا يقرب كالفواحش المحرمة، ومنه قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا﴾، ومنها ما لا يتعدى كالمواريث المعينة، وتزويج الأربع، ومنه قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾ [البقرة: ٢٢٩][١].

٣- ما قاله السمين الحلبي "... حدوده تعالى أربعة أقسام: قسم لا يجوز فيه الزيادة ولا النقصان، وذلك كأعداد ركعات الصلوات وكالصلوات الخمس، وقسم يجوز فيه الزيادة عليه والنقصان عنه، كصلاة النافلة المقيدة ... وقسم يجوز النقصان منه دون الزيادة مثل مرات الوضوء الثلاث والتزوج بأربع فما دونها، وقسم بعكسه"[٢].

المطلب الثاني: النصوص الخاصة

مع أن النصوص التي يمكن ذكرها تحت هذا المطلب عديدة إلا أنني سأقوم بذكر جملة منها مقسمةً بحسب أبواب الفقه الرئيسية، وسأتبع كل نص ببيان الجانب الذي يكشفه من النظرية.

١-مما ورد في "تحديد المستحقات" في أبواب العبادات:

أ- قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوْقُوتًا﴾ [النساء: ١٠٣]. فالصلاة "أركان مخصوصةٌ وأذكار معلومة بشرائط محصورة في أوقات مقدرة"[٣] وهي بهذا

---

(١) ابن الأثير، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٩٩هـ) ج١ص٣٥٢.

(٢) السمين الحلبي، أحمد بن يوسف، عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ (بيروت: عالم الكتب، ط١، ١٤١٤هـ) ج١ص٤٤٠، وقريباً من ذلك ما ذكره الأصفهاني، الراغب، المفردات في غريب القرآن (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت) ص١٠٩.

(٣) الجرجاني، التعريفات، ج٢ص١٧٥.

الاعتبار أمر مستحق الفعل لله تعالى، وقد وردت هذه الآية في بيان كونها محددة بالوقت وبالعدد، يقول الإمام الشافعي: "أحكم الله عز وجل لكتابه أن ما فرض من الصلوات موقوت، والموقوت -والله أعلم- الوقت الذي نصلي فيه، وعددها، فقال جل ثناؤه ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتۡ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ كِتَٰبٗا مَّوۡقُوتٗا ﴿١٠٣﴾﴾ [النساء: ١٠٣] (١)".

ويقول ابن تيمية: "فإن التوقيت والتقدير والتحديد والفرض ألفاظ متقاربة، وذلك يوجب أن الصلاة مقدرة محددة ... وذلك في زمانها وأفعالها"(٢). وفيما سبق إشارة إلى مصدر من مصادر التحديد وهو حكم الشارع، وإشارة لوسيلة من وسائله وهو الوقت والعدد.

ب- ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: "فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر صاعاً من تمر -أو صاعاً من شعير- على العبد والحرّ والذكر والأنثى والصغير والكبير من المسلمين، وأمر بها أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة" متفق عليه(٣).

في هذا الحديث بيان لأحكام صدقة الفطر، ومنها تحديد المال الواجب فيها، والذي هو مستحق ثابت للفقراء والمساكين. وقد حدده عليه الصلاة والسلام بثلاثة وسائل: الكمية والجنس والوقت.

٢-مما ورد في "تحديد المستحقات" في أبواب المعاملات:

أ- قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. هذه

---

(١) الشافعي، الإمام محمد بن إدريس، أحكام القرآن. تحقيق: الشيخ عبد الغني عبد الخالق (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، ١٤٠٥هـ) ج١ص٢١٤.

(٢) ابن تيمية، القواعد النورانية (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٣٩٩هـ) ج٢ص١٣٧.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، أبواب صدقة الفطر، باب فرض صدقة الفطر، رقم١٤٣٤، وهذا لفظه. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب زكاة الفطر على المسلمين، رقم ٩٨٤.

الآية الكريمة تتحدث عن المستحق في عقد الرهن، وهو العين المرهونة، وقد حددت بوصف القبض، واكتفت الآية بذكر اللفظ الدال على هذا الوصف؛ لوضوح معناه في أذهان المخاطبين، بمقتضى العرف السائد بينهم في أن قبض كل شيء يكون بحسب نوعه.

يقول الإمام الجصاص "... لما جعل من صفات الرهن أن يكون مقبوضاً ... وجب إبطال الرهن لعدم هذه الصفة (أي إذا عدمت بناءً على شرط) وهو استحقاق القبض..."[(١)] . ونُقل عن الإمام الشافعي قوله: "لم يجعل الله الحكم إلا برهن موصوف القبض فإذا عدمت الصفة وجب أن يعدم الحكم..."[(٢)].

ب- ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينةَ وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: "من أسلف في شيء ففي كيل ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[(٣)].

هذا الحديث الشريف فيه أمر بتحديد المستحق الثابت بموجب عقد السلم، وفيه أيضاً بيان للوسائل المناسبة لتحديد هذا النوع من المستحقات (الديون) وهي الكيل أو الوزن وما يلحقهما من الأوصاف.

وأمره عليه الصلاة والسلام بالتحديد والانتهاء عما كان يسود هذا النوع من المعاملات من عدم انضباط دليل واضح على أهمية الالتزام بمبدأ التحديد في هذا الباب وغيره.

---

(١) الجصاص، أحكام القرآن (بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، ١٤٠٥هـ) ج٢ص٢٧١.

(٢) القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن (القاهرة: دار الشعب، ط٢، ١٣٧٢هـ) ج٣ص٤١٠.

(٣) متفق عليه، رواه البخاري في كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، رقم ٢١٢٥، وهذا لفظه. ورواه مسلم في كتاب المساقاة باب السلم رقم ١٦٠٤.

من هنا نرى أن الفقهاء قد "اتفقوا على اشتراط تعيين الكيل فيما يُسلم فيه بالكيل...واتفقوا على أنه لا بد من معرفة صفة الشيء المسلم فيه صفة تميزه عن غيره، ولم يتعرض له في الحديث لأنهم كانوا يعملون به ..."[1].

٣-مما ورد في "تحديد المستحقات" في أبواب الأحوال الشخصية:

أ- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ۝١﴾ [الطلاق: ١].

هذه الآية الكريمة احتوت على جملة من المستحقات الشرعية الثابتة بمقتضى عقد الزواج، منها ما هو ثابت للزوج كالعدة، و منها ما هو ثابت للزوجة كالسكنى.

وقد أمر الله تعالى بالالتزام بحدود هذه المستحقات وضبطها، فأمر بإحصاء العدة التي بين مقدارها في آيات كريمة أخرى، كما نهى عن حرمان الزوجة من حق السكنى ما دامت ملتزمة بحدود ذلك الحق، وهو عدم الإتيان بفاحشة، ثم أردف ذلك ببيان وجوب الالتزام بكل الحدود الشرعية وعدم مخالفتها.

يقول الإمام الطبري: "وقوله: "وتلك حدود الله" ... وهذه الأمور التي بينتها لكم -من الطلاق للعدة، وإحصاء العدة، والأمر باتقاء الله، وأن لا تخرج المطلقة من بيتها إلا أن تأتي بفاحشة مبينة - حدود الله التي حدها لكم أيها الناس فلا تعتدوها. "ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه" ... ومن يتجاوز حدود الله التي حدّها لخلقه "فقد ظلم نفسه" ... فقد أكسب نفسه وزراً فصار بذلك لها ظالماً وعليها متعدياً"[2].

---

(١) الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٤، ١٣٧٩هـ) ج٣ص٤٩.

(٢) الطبري، جامع البيان، ج٢٨ص١٣٤.

ب- ما رواه علقمة عن ابن مسعود ﷺ أنه سئل عن رجل تزوج امرأةً ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نسائها لا وكَس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: "قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا- مثل الذي قضيت" ففرح ابن مسعود[1].

في هذا الحديث الشريف تحديد لما تستحق المرأة المتوفى عنها زوجها قبل الدخول وقبل تسمية المهر[2]، وهذه المستحقات هي: المهر وتم تحديده بالعرف، والعدة وهذا يرجع فيه إلى نصّ الشارع بحسب حال المرأة، الذي بين في موضع آخر أنها أربعة أشهر وعشرة أيام، ومثله الميراث.

وهنا إشارة واضحة إلى التحديد بالعرف، وهو ما يطلق عليه الفقهاء هنا "المثل".

٤- مما ورد في "تحديد المستحقات" في أبواب العقوبات:

أ- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤﴾﴾ [النور: ٤].

---

(١) هذا الحديث رواه الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي (بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، د.ت) وهذا لفظه، وقال عنه: "حسن صحيح"، في كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة ... رقم ١١٤٥. ورواه الإمام الشيباني، أحمد بن حنبل، المسند (القاهرة: مؤسسة قرطبة، د.ط، د.ت) ج١ص٤٤٧. والبيهقي في "السنن"، ج٧ص٢٤٤-٢٤٥، وقال عنه "صحيح الإسناد"، كما أخرجه الحاكم في "المستدرك"، ج٢ص١٩٦، وابن حبان، أبو حاتم البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٤هـ) ج٩ص٤٠٩.

(٢) انظر في شرح الحديث: الصنعاني، سبل السلام، ج٣ص١٥٠. المباركفوري، أبو العلا، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت)، ج٤ص٢١١.

في هذه الآية الكريمة بيان حق من حقوق الله تعالى وهو إقامة الحدّ على القاذف، والمستحَق هو جلد الجاني، وقد حدده الشارع بالعدد ثمانين، بلا زيادة ولا نقص، وعلى هذا قام إجماع الأمة التي "عقلت من تحديد جلد القاذف بالثمانين نفي الزيادة"[١].

ب- ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن النبي ﷺ قال: "في كل إصبع عشرٌ من الإبل، وفي كل سنٍّ خمس من الإبل، والأصابع سواء والأسنان سواء"[٢].

في هذا الحديث بيان لِدِيَة بعض الأعضاء التي تجب حقاً على الجاني للمجني عليه، والمستحق هو الدية، وقد حُددت ببيان جنس المستحق وعدده. وكلاهما من وسائل التحديد كما سبقت الإشارة إليهما.

٥-مما ورد في "تحديد المستحقات" في أبواب الجهاد والسير:

أ- قوله تعالى: ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ۚ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ﴿٧﴾ ﴾ [الحشر: ٧].

---

(١) الرازي، محمد بن عمر، المحصول في علم الأصول (الرياض: جامعة الإمام محمد ابن مسعود، ط١، ١٤٠٠هـ) ج٢ص٢٢٤.

(٢) هذا الحديث رواه الصنعاني، عبد الرزاق بن الهمام، المصنف (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٣٠٤هـ) ج٩ص٣٨٥، رقم ١٧٧٠٢ وهذا لفظه، وقريباً منه ما رواه أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت) كتاب الديات باب ديات الأعضاء، رقم ٤٥٦٤. وابن الجارود، عبد الله بن علي، المنتقى من السنن المسندة (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط١، ١٤٠٩هـ) ص٧٨١، والبيهقي في "السنن"، ج٨ص٩١. وابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، الكتاب المصنف (الرياض: مكتبة الرشيد، ط١، ١٤٠٩هـ) ج٥ص٣٦٨.

هذه الآية سيقت لبيان مجموعة من الأحكام المتعلقة بالمال المملوك فيئاً، ومنها بيان أصناف المستحقين، وبيان كيفية تحديد المستحقات، حيث أمرت برد الأمر إلى رسول الله ﷺ، وولاة الأمر من بعده، وهذا بيان لمصدر من مصادر التحديد وهو سلطان ولي الأمر.

لذا كان معنى قوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ﴾ "أي ما أعطاكم من مال الغنيمة فخذوه وما نهاكم عنه من الأخذ والغلول فانتهوا"[1]، وإن كان اللفظ يحتمل العموم في هذا وفي غيره كما قال بعض المفسرين[2].

ب- ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: "قسم رسول الله ﷺ يوم خيبر للفرس سهمين وللراجل سهماً"[3].

في هذا الحديث ذكر لحق من الحقوق الثابتة للمجاهدين عند جهادهم، وهو تملك جزء من الغنيمة، والمستحق هنا هو المال المغتنم، والوسيلة التي يتم التحديد بها هي الحصّة (الأسهم).

وقد "اختلف العلماء في سهم الفارس والراجل من الغنيمة، فقال الجمهور: يكون للراجل سهم واحد وللفارس ثلاثة أسهم، سهمان بسبب فرسه، وسهم بسبب نفسه... وقال أبو حنيفة: للفارس سهمان فقط: سهم لها وسهم له ..."[4].

---

(١) هذا التفسير مروي عن الحسن البصري، انظر: الطبري، جامع البيان، ج٢٨ص٣٩.

(٢) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٨ ص١٧. ابن كثير، التفسير، ج٤ ص٣٧٣.

(٣) متفق عليه، رواه البخاري في "الصحيح"، كتاب المغازي باب غزوة خيبر، رقم ٣٩٨٨ وهذا لفظه، وقريباً منه رواه مسلم في كتاب الجهاد والسير، باب كيفية قسمة الغنيمة ...، رقم ١٧٦٢.

(٤) النووي، يحيى بن شرف، شرح صحيح مسلم (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٣٩٢هـ) ج١٢ ص٨٣. وانظر في مذهب الإمام أبي حنيفة: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥ص٩٥.

٦-مما جاء في "تحديد المستحقات" في أبواب الدعوى والقضاء:

أ- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

في هذه الآية الكريمة ذكر لحقٍّ من الحقوق الثابتة لولاة الأمر -من الأئمة والقضاة- بموجب ولايتهم العامة، وهذا الحق هو الحكم بين الناس، والمستحق هو فعل الحكم، وقد حددت الآية الكريمة هذا الفعل ببيان الضابط الجامع الذي يرجع إليه في كل ما يدخل فيه من صور، وهو كونه بالعدل.

على أن بعض المفسرين يرى أن "الأظهر في الآية أنها عامة في جميع الناس، فهي تتناول الولاة فيما إليهم من الأمانات في قسمة الأموال ورد الظلامات والعدل في الحكومات ... وتتناول من دونهم من الناس في حفظ الودائع والتحرز في الشهادات وغير ذلك، كالرجل يحكم في نازلةٍ ما ونحوه، والصلاة والزكاة وسائر العبادات أمانة الله تعالى"[١].

ب- ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[٢].

هذا الحديث جاء في معرض قضاء[٣] رسول الله ﷺ في حق من الحقوق الثابتة بمقتضى عقد الزواج، وهو النفقة، والمستحق فيها هو مقدار من المال، وقد حدده النبي ﷺ بالإحالة على العرف، وهي وسيلة من وسائل التحديد المهمة. لذا قال ابن

---

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥ص٢٥٦.

(٢)رواه البخاري في "الصحيح"، كتاب النفقات، باب خدمة الرجل في أهله، رقم ٥٠٤٩.

(٣) يرى بعض الفقهاء أن الحديث جاء في معرض الفتوى لا القضاء، انظر: العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٣٧٩هـ) ج٩ص٥١١.

حجر عن هذا الحديث: إن " فيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشرع، وقال القرطبي: فيه اعتبار العرف في الشرعيات، خلافاً لمن أنكر ذلك لفظاً وعمل به معنىً..."[1].

(١) المرجع السابق، ج٩ص٥١٠.

المبحث الثاني: أصول النظرية في الفقه وأصوله

المقصود من هذا المبحث بيان أهم الموضوعات الفقهية و الأصولية التي يمكن استمداد موضوعات هذه النظرية ومباحثها وفروعها منها.

المطلب الأول: أصول النظرية في الفقه

يمكن تتبع أصول هذه النظرية في الدراسات الفقهية في ثلاثة مستويات: الفروع، والقواعد، والنظريات.

أولاً: مستوى الفروع:

يتحصل من استعراض الكتب الفقهية أن الفقهاء قد تعرضوا لفكرة «تحديد المستحقات» في أكثر الأبواب، غير أن طرق تعبيرهم عن هذه الفكرة قد جاءت متباينةً تبعاً لطبيعة البــاب الذي يبحثونه، وطبيعة المستحق الذي يريدون تحديده، وفيما يلي مجموعة من الأمثلة[1] التي تؤيد ذلك:

١- في أبواب الطهارة[2]:

في هذا الباب يذكر التحديد عند ذكر أفعال الطهارة، حيث تذكر مجموعة من الأحكام المتعلقة بالوضوء والتيمم والاغتسال مثلاً، والتي تدور كلها على بيان ما يتميز به صحيح هذه الأفعال -وهي المستحق لله تعالى- من باطلها، وهذا ما يعبر عنه بالإجزاء.

كما يتعرض لتحديد الأعضاء التي يجب أن تتناولها هذه الأفعال، وكذا تحديد ما تتم به الطهارة وما لا تتم.

---

(١) سيتخذ الباحث هنا كتاب كشاف القناع للبهوتي نموذجاً يستدل بها فيه على هذا الشأن.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ج١ص٢٢.

٢-في أبواب الصلاة[١]:

يذكر التحديد في هذه الأبواب في أكثر من موضع، فالصلاة -بوصفها فعلاً مستحقاً لله تعالى- يجب أداؤها في وقت محدد وبصفة محددة وعلى مكان محدد وفي اتجاه محدد.

كما تذكر أيضاً الأحكام المترتبة على هذه التحديدات، والأحوال التي يجوز فيها عدم الالتزام بالتحديد، وغير ذلك.

٣- في أبواب الزكاة:

أوضح باب -من أبواب العبادات- تظهر فيه فكرة التحديد، هو باب الزكاة، لأن مقصود الباب هو بيان ما يستحقه الفقير وغيره من مال المزكي، يقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ ﴿٢٤﴾ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ ﴿٢٥﴾﴾ [المعارج: ٢٤ – ٢٥].

لذا ترى أن معظم الأحكام تدور حول تحديد المال الذي تجب فيه الزكاة وتحديد النصاب، وتحديد القدر المأخوذ، وتحديد زمن الأخذ منه و مكانه[٢].

٤- أبواب الحج:

في هذا الباب [٣]جملة من التحديدات كتلك المتعلقة بأشهر الحج ومواقيت الحج، والمشاعر، وأفعال الحج عموماً. وهذا كله انطلاق من آيات الحج التي ركزت وبوضوح على التحديد، كقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلۡبَيۡتِ مَنِ ٱسۡتَطَاعَ إِلَيۡهِ سَبِيلٗاۚ﴾[آل عمران: ٩٧]. وقوله: ﴿ يَسۡـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلۡأَهِلَّةِۖ قُلۡ هِيَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلۡحَجِّۗ ﴾ [البقرة: ١٨٩]. وقوله:

(١) المرجع السابق، ج١ص٢٢١.

(٢)البهوتي، كشاف القناع، ج٢ص١٦٥.

(٣) المرجع السابق، ج٢ص٣٧٥.

﴿وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ﴾ [البقرة: ٢٠٣].

٥- أبواب الأيمان والنذور:

اليمين والنذر وسيلتان -شرعيتان شائعتان- لثبوت بعض المستحقات في ذمة المكلف، ولا تبرأ ذمته إلا بأداء ما ثبت فيها بذلك، لذا نجد اهتماماً خاصاً من الفقهاء في تحديد هذه المستحقات تبعاً لاعتبارات متعددة: كدلالة اللفظ ودلالة العرف ودلالة الحال وغير ذلك[١].

٦- أبواب البيوع:

عندما يقرر الفقهاء[٢] أحكام البيوع يتنازعهم مأخذان: الأول: أن لا يفضي عقد البيع إلى خصومة بقدر الإمكان، الثاني: أن تجري المعاملة بين الناس بسهولة ويسر وثبات.

والمأخذ الأول جعلهم يحتاطون لهذا العقد بالتأكيد على انتفاء أي صورة مجحفة من صور الغرر، وهذا يتم بتحديد المبيع وبدله، وكذا سائر الاستحقاقات المترتبة عليه كالخيارات وكيفية التسليم ... الخ.

٧- باب السلم:

هذا العقد وإن كان معدوداً ضمن أنواع البيع، إلا أنه تميّز بوقوعه على عين مؤجلة (دين) مما يعني أن احتمالات الغرر فيه أكبر، لذا يحتاط في ضبط وتحديد المعقود عليه أكثر مما فعلوا في البيع[٣].

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ج٦ ص٢٢٨.

(٢) المرجع السابق، ج٣ ص١٤٥.

(٣) المرجع السابق، ج٣ص٢٨٨.

٨- باب الحوالة:

يتعرض الفقهاء[١] في هذا الباب للتحديد عند ذكر شروط عقد الحوالة، ومنها: تحديد ما يحال به، وتحديد من يحال عليه.

٩- أبواب الشركة:

في هذه الأبواب ذكر مفصل للتحديد بأنواعه المختلفة، إذ نجد القواعد المتعلقة بكيفية تحديد الربح والخسارة، وتحديد تصرفات الشريكين في مال الشركة..إلخ[٢].

١٠- باب الوكالة:

الوكالة نوعان: مطلقة، ومقيدة، وتحت المقيدة نجد كيفية تحديد تصرفات الوكيل والأحكام المترتبة على الموافقة والمخالفة[٣].

١١- أبواب الغصب والعارية والوديعة:

في هذه الأبواب[٤] ذكر مفصل لضمان المتلفات، وما يتبعها من كيفية تحديد قيمة المتلفات ووسائل ذلك.

١٢- الوصية:

يعتبر التحديد في هذا الباب من أهم المحاور التي تدور عليه مسائله، لأن النص الشرعي قد أبان أن صحة الوصية مرهون بتحديدها بالثلث[٥]، مما يجعل تصرفات

(١) المرجع السابق، ج٣ص٣٨٢.
(٢) المرجع السابق، ج٣ص٤٩٥.
(٣) المرجع السابق، ج٣ص٤٦١.
(٤) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤ص٧٦، ٦١، ١٦٦.
(٥) النص المشار إليه هو ما روي عن سعد ﷺ أنه سأل النبي ﷺ " ... أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت: بالشطر؟ قال: لا. قلت: الثلث؟ قال: الثلث كثير! أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس ...". رواه البخاري في الصحيح، كتاب المرضى، باب ما رخص للمريض أن يقول ....، رقم ٥٣٤٤.

الموصي في ماله مرهونة دائماً بهذا الحد[1].

١٣- أبواب التركة:

هذه الأبواب تقوم بالكامل على التحديد، لأن المقصد الأساسي منها بيان ما يستحق الورثة من تركة مورثهم، ولا يكون ذلك إلا بالتحديد[2].

١٤- أبواب النكاح والطلاق:

الأمثلة في هذا الباب كثيرة، منها: تحديد المهر، وتحديد النفقة، وتحديد مدة العدة، وتحديد المال الواجب بالخلع ... وغير ذلك[3].

١٥- أبواب الجنايات:

في باب الحدود منها نجد عقوبات محددة بالنص، وفي باب القصاص نجد الديات المحددة بأنواعها المختلفة تبعاً لنوع الجناية، وفي باب التعزير نجد أن التحديد موكول إلى القاضي ولكن ضمن قواعد وضوابط عامة[4].

١٦- أبواب الجهاد والسير:

هنا نجد المسائل المتعلقة بتحديد نصيب المجاهدين من الغنائم،وكيفية تحديد الجزية..إلخ[5].

---

(١) انظر: البهوتي، كشاف القناع،ج٤ص٣٣٥.
(٢) المرجع السابق، ج٤ص٤٠٢.
(٣) المرجع السابق، ج٥ص ٥ ، ١٢٨ ، ٢٣٢.
(٤) المرجع السابق، ج٥ص٥٠٣، ج٦ص٧٧.
(٥) المرجع السابق، ج٣ص٣٢.

١٧ - أبواب القضاء والدعوى:

يعتبر تحديد المدعى به، وتحديد صلاحيات القاضي في إدارة سير المحاكمة، من أهم الأمور التي يؤكد عليها في هذه الأبواب[١].

ثانياً: مستوى القواعد الفقهية:

عالجت كتب القواعد الفقهية، جوانب متعددة من "نظرية تحديد المستحقات" وكشفت عن بعض جوانبها، وفيما يلي أمثلة من تلك القواعد مرتبة حسب الجانب الذي بيَّنَته.

١-الجانب المتعلق ببيان مصادر التحديد:

أ-"كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف"[٢].

ب-"استعمال الناس حجة يجب العمل بها"[٣].

ج-"أصل مالك نفي التحديد إلا بدليل"[٤].

د-"العادة محكمة"[٥].

٢-الجانب المتعلق بوسائل التحديد وكيفية إعمالها:

أ-"العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"[٦].

---

(١) المرجع السابق،ج٦ص٣٣٠،٢٨٥.

(٢) السيوطي، الأشباه، ص٦٩.

(٣) جمعية المجلة،مجلة الأحكام العدلية (استنبول: كارخانه تجارت كتب، د.ط، د.ت) م٢٧.

(٤) المقري، محمد بن محمد، القواعد (مكة المكرمة: جامعة أم القرى، د.ط، د.ت) ج١ص٣٠٧.

(٥) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٦٣. جمعية المجلة، المجلة، م٣٦.

(٦) المجلة، م٣.

ب-" الأصل في الكلام الحقيقة"[1] أو " النصوص لا تفتقر إلى النية لانصرافها بصراحتها إلى مدلولاتها"[2] أو "الصريح لا يحتاج إلى نية، والكناية لا تلزم إلا بنية"[3].

ج-"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"[4].

د-"التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"[5].

٣-الجانب المتعلق بترتيب وسائل التحديد عند تزاحمها:

أ-"لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح"[6].

ب-" الحقيقة تترك بدلالة العادة"[7].

ج-"إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز"[8].

د-"تعيين الوقت لا يغني عن ذكر النية"[9].

٤-الجانب المتعلق بالأحكام المترتبة على التحديد:

---

(١) المجلة، م١٢.

(٢) المقري، القواعد، ج١ ص٢٦٧.

(٣) السيوطي، الأشباه، ص١٨١.

(٤) المجلة، م٤٥.

(٥) المجلة، م٥٨.

(٦) المجلة، م١٣.

(٧) المجلة، م٤٠.

(٨) المجلة، م٦١.

(٩) المقري، القواعد، ج٢ص٥٤٧.

أ-"ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله"[1].

ب-"المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة"[2].

ج-"قد يُقدَّر الشيء بحدٍ ولا يبلغ به الحد ..."[3].

د-"إرسال الحكم على غالب أو تقييده به دليل على أنه مراد لا على أنه المراد"[4].

- و الملاحظ على هذه القواعد الأمور التالية:

١- أنها تغطي أهم موضوعات النظرية، وتكشف عن كثيرٍ من جوانبها، مما يدل على حضورها في هذا المستوى من البحث الفقهي، كما يدل على إمكانية الخروج بنظرية فقهية متكاملة تبني على هذه القواعد المهمة.

٢- أن هذه القواعد مبثوثة في كتب القواعد الفقهية المتعددة[5]، مما يجعل مهمة الباحث تبدأ من حيث انتهى الفقهاء الأقدمون، فجمع هذه القواعد وإعادة ترتيبها وتصنيفها هو حجر الأساس في مثل هذا العمل العلمي.

ثالثاً: النظريات الفقهية وصلتها بهذه النظرية:

مع أن نظرية "تحديد المستحقات" نظرية مستقلة إذا نظرنا إليها منفردةً، إلا أنها ذات صلة وثيقةٍ بمجموعة من النظريات الفقهية الرئيسية، وهذا ما سأبينه في هذا الموضع:

---

(١) المجلة، م٦٣. وبلفظ قريب عند السيوطي، الأشباه، ص١٠٨.

(٢) المجلة، م٦٤.

(٣) المرجع السابق، ص٢٢٨.

(٤) المقري، القواعد، ج١ ص٢٤٥.

(٥) كما يظهر من المراجع التي استقى الباحث منها القواعد المذكورة آنفاً.

١-علاقاتها بنظرية الحق[1]:

هذه النظرية هي أوثق النظريات صلة بنظرية "تحديد المستحقات"، ودليل ذلك أن نظرية الحق في الفقه الإسلامي تقوم على بيان عدة أمور تتعلق بالحق كمفهوم عام، مثل: تعريفه، وأركانه، وأقسامه، وأحكامه .. إلخ.

أما أركانه فهي: صاحب الحق من عليه الحق، والمستحق، ويطلق عليه أيضاً "محل الحق"، وهذا الركن الأخير هو الذي يمثل النطاق العام للنظرية، كما سبق بيانه.

وأما تقسيمات الحق فهي متنوعة لاعتبارات مختلفة، ومنها تقسيمه باعتبار التحديد، الذي منه: التحديد الواقع على الشيء المستحق، والتحديد الواقع على القدر المستحق.. وهذه هي الفكر الأساسية للنظرية أو ما أسميته النطاق الخاص.

٢-علاقتها بنظرية الالتزام ونظرية العقد[2]:

الموضع الذي تظهر فيه العلاقة بين نظرية "تحديد المستحقات" وهاتين النظريتين هو المحل في كل منهما، وبيان ذلك أن من أركان الالتزام "المحل"، ومن أركان العقد "المحل" أيضاً ويطلق عليه غالباً "المعقود عليه"، وكل من هذين المحلين يعتبر نوعاً من أنواع المستحقات.

لكن الملاحظ أن نظرية الالتزام أشمل من نظرية العقد من حيث الموضوع، إلا أن

---

(١) راجع هنا: الزرقا، المدخل، ج٣ص١٨. أبو سنة، نظرية الحق، ص٦٠. الموسوعة الكويتية، ج١٨ص٧-٤٧. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤ص١٠-١٢. حسين، النظريات العامة، ص٩-٣٢.

(٢) راجع هنا: الزرقا، المدخل، ج٣ص٥١. السنهوري، مصادر الحق، ج٣. أبو البصل، عبد الناصر، في فقه القانون المدني الأردني (عمان: دار النفائس، ط١، ١٤١٩هـ) ص١٦٠، عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (القاهرة: مطبعة نهضة مصر، د.ط، ١٩٨٤م) ص٤٠٥.

نظرية الالتزام عندما تتحدث عن محل الالتزام فإنما تتحدث غالباً عن المعقود عليه، وذلك لأن "محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، ونرى من ذلك أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد، ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد، فإن محل الالتزام غير التعاقدي يتولى القانون تعيينه، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوفٍ للشروط، أما محل الالتزام التعاقدي فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعينه، فوجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون"[1].

٣-علاقتها بنظرية الملكية[2]:

في نظرية الملكية بحث مفصل لموضوع نطاق الملك وحدوده، أو ما شابه، ويقصد بذلك أمران:

أ-المحل الصالح للملك، أي لورود حق الملكية عليه.

ب-ما يدخل في حدود الملك وما لا يدخل بعد ثبوته في عين ما.

وكلا هذين الأمرين له صلة بهذه النظرية، فالمحل الصالح للملكية هو أحد المستحقات باعتبار ثبوت حق الملك فيه، وأما بيان حدود حق الملك فهو التحديد الذي تهدف النظرية إلى تجليته في هذا الموضوع وفي غيره من المواضع المشابهة.

٤-علاقتها بنظرية الدعوى[3]:

مما يذكر عند البحث في هذه النظرية شروط الدعوى، التي نجد ضمنها شرطاً

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، ج٣ص٥.

(٢) راجع هنا: الخفيف، علي، الملكية في الشريعة الإسلامية (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٩٠) ص٥٣. أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٩٧٧م) ص٧٣.

(٣) انظر: محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى (عمان: وزارة الأوقاف، د.ط، د.ت) ج١ص٣٤١-٣٧٢.

متعلقاً بالمدعى به، وهو أن يكون معلوماً.

وهذا الشرط "يكاد الفقهاء يتفقون على أنه يشترط في الدعوى حتى تكون معتبرة شرعاً. والمراد بعلم المدعى به: تصوره أي: تمييزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي"[1] ووجه صلة هذا بالنظرية: أن المدعى به وإن لم يكن مستحقاً ثابتاً لمدعيه وقت الخصومة، إلا أن استحقاقه محتمل، مما يعني أن الاستحقاق لا يرد إلا على محل محدد مسبقاً في باب القضاء، وذلك لما للتحديد من أهمية في فصل الخصومات وإيضاح الحكومات.

المطلب الثاني: أصول النظرية في علم أصول الفقه

يتعرض الأصوليون لفكرة "تحديد المستحقات" في مواضع عديدة من مباحث هذا العلم، وفيما يلي ذكر وبيان لعدد منها:

أولاً: في مباحث الحكم الشرعي:

يتناول الأصوليون تحت هذه المباحث مسألتين لهما صلة مباشرة بفكرة التحديد بشكل عام، هما:

١-ما يذكرونه من شروط المحكوم فيه[2]، وأنه لابد أن يكون معلوماً للمكلف علماً تاماً حتى يتصور قصده إليه، ويستطيع إدراكه على الوجه المطلوب[3]، ووجه الصلة بين هذه المسألة وهذه النظرية: أن الفعل هو أحد أنواع المستحقات الشرعية،

---

(١) المرجع السابق، ص٣٤١.

(٢) المحكوم فيه: "هو الأفعال المكلف بها" الآمدي، الإحكام، ج١ص١٧٩. وجاء في تعريفه أيضاً "هو الفعل الذي تعلق به حكم الشارع اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً" محاضرات الشيخ البنا ص٥١. مباحث الحكم لمدكور ص١٨٤. نقلاً عن الزحيلي، وهبه، ورفيقه، مباحث الحكم الشرعي (الكويت: مكتبة الفلاح، ط١، ١٩٨٩) ص١٥٣.

(٣) انظر: الغزالي، أبو حامد، المستصفى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٣هـ) ص٦٩.

وأن ما ذكروه في هذا الشرط هو التحديد الذي سبق لي بيانه.

٢-ما يذكرونه من أقسام الواجب، وأنه ينقسم إلى واجب مؤقت: وهو الواجب الذي عيّن الشارع وقتاً لأدائه، وواجب مطلق: وهو الذي لم يعيّن الشارع وقتاً لأدائه[1].

ووجه الصلة: أن هذه المباحث إنما تفصّل في بحث وسيلة من وسائل النظرية، وهي التحديد ببيان الزمن لذا فإن هذه التقسيمات وما تحتها من فروع "في حقيقتها صفات للوقت، وليست بصفات للواجب، فإطلاق العلماء لها على الواجب نفسه، إنما هو على سبيل المجاز، وذلك من إطلاق المسبّب، وإرادة السبب"[2].

ثانياً: في مباحث الأدلة:

من مباحث الأدلة عند الأصوليين مبحث الدلالات، والذي يُعنون فيه ببيان طرق استثمار النص الشرعي في سبيل التوصل إلى الحكم.

و المطالع في هذا المبحث يجد أن الأصوليين في معرض تمثيلهم لكثير من قواعد هذا الباب لا يكتفون بذكر الأدلة الشرعية النصية، بل يتجاوزون ذلك إلى ذكر ألفاظ المكلفين التي تترتب عليها أحكام شرعية أيضاً[3].

ووجه الصلة: أن ما سبق بيانه هو بحث في وسيلة من وسائل التحديد وهي اللفظ، إذ إن كثيراً من المستحقات الشرعية إنما تتحدد بناءً على دلالة لفظ الشارع إذا

---

(١) انظر على سبيل المثال: الغزالي، المستصفى، ص٥٥-٥٦. وكذا الخضري، محمد، أصول الفقه (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٩٨٨م) ص٣٣.

(٢) البيانوني، محمد أبو الفتح، الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٠٩هـ) ص١١٠.

(٣) راجع في هذا الموضوع: بابكر الحسن، خليفة، مناهج الأصوليين في طرق دلالات الألفاظ على الحكام، (القاهرة: مكتبة وهبة، ط١، ١٤٠٩هـ).

كان سبب الثبوت المباشر هو الشرع، وبناءً على دلالة لفظ المكلف فيما وكل إليه من ذلك كألفاظ العقود وسائر الالتزامات الدينية والدنيوية.

ثالثاً: مقاصد الشريعة:

من المفاهيم المؤسسة لنظرية المقاصد في الشريعة الإسلامية عند من يقول بها، كون الشريعة معللة.

غير أن هذا المفهوم مختلف فيه بين الأصوليين، ففي الوقت الذي أنكر فيه بعضهم التعليل أصلاً، اختلف مثبتوه في مدى انطباقه على جميع الأحكام، لذا قال بعضهم: أن التعليل هو الأصل وعدمه هو استثناء، وقال البعض الآخر بالعكس[1].

والذي يعنيني هنا بالدرجة الأولى، أن كلا الطرفين يمثل لِما "لا يعقل معناه" بما ورد في الشرع من تحديدات وضوابط ... لكن هذا غير مسلّم، فالإمام الشاطبي يرى خلاف ذلك فيقول: "وأما العاديات وكثير من العبادات أيضاً، فلها معنىً مفهوم، وهو ضبط وجوه المصالح، إذ لو تُرك والنظرَ، لانتشر ولم ينضبط، وتعذر الرجوع إلى أصل شرعي، والضبط أقرب إلى الانقياد ما وجد إليه سبيل.

فجعلَ الشارعُ للحدود مقادير معلومة لا تتعدى ... وكذا الأشهر والقروء في العِدَد، والنصاب في الزكوات، وما لا ينضبط رُدَّ إلى أمانات المكلفين، وهو المعبَّر عنه بالسرائر كالطهارة للصلاة ..."[2].

من هنا فإن "هذه التحديدات ... هي من الحاجات الملحة للحياة العامة واستقامتها، فهي -فضلاً عّما في التزامها من معاني التعبد والخضوع- تحقق مصلحة

---

(١) انظر تفصيل المسألة في: الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي (الرباط: دار الأمان، ط١، ١٤١١هـ) ١٩٠-١٩٧.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ج٢ص٣٨-٣٩.

ظاهرة في تنظيم الحياة وتسهيل سيرها...

ولولا هذه التقنينات وهذه الضوابط لضاعت تلك الأركان والأسس المسلم بها، لضاعت بسبب غموضها والتباسها على الناس، ولضاعت بسبب اختلافهم فيها، ولضاعت بسبب التهاون في تقديرها وتنفيذها، ولضاعت بالتسويف والمماطلة لعدم توقيتها ..."[1].

هذا بالإضافة إلى الدور الذي يقوم به التفسير التعليلي والتفسير المصلحي للنصوص- وهما فرعان لهذه النظرية- في إثبات أنواع مختلفة من التحديدات، كما سيأتي بيانه لاحقاً إن شاء الله تعالى[2].

---

(١) الريسوني، نظرية المقاصد، ص١٩٨ بتصرف .

(٢) انظر الباب الرابع ص ٢٥١ من هذه الرسالة.

المبحث الثالث: مكانة النظرية في التشريع والفقه

بعد استعراض أصول النظرية في الكتاب والسنة، وفي الفقه وأصوله يمكنني القول: إن هذه النظرية تحتل مكانةً مهمة في التشريع وفي الفقه، وتفصيل ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: مكانتها في التشريع

وأعني بالتشريع هنا: الطريقة العامة لإبانة الأحكام الفقهية، ومخاطبة المكلفين بها، كما تستفاد من كتاب الله تعالى، ومن سنة نبيه ﷺ ، ومن اجتهادات الفقهاء المعتبرة. حيث تظهر لي أهمية هذه النظرية في هذا التشريع من خلال ما يأتي:

١-بيان الأحكام وتفهيمها:

وهذا ما أشارت إليه الآية الكريمة ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. فقد جعلت ذكر الحدود (التحديد) بياناً يخاطب به المكلفون فيحصل لهم بذلك العلم بحقائق الأحكام ومجالات الحظر والإباحة.

والبيان من الخصائص المهمة التي لابد من توفرها في أي تشريع، لأن إيضاح تفصيلات التشريع هي التي تمكن المخاطبين به من معرفة مالهم وما عليهم، وبذلك يستحق الملتزم منهم الثناء والتقدير ويستحق المقصر العقوبة والتعزيز، يقول الله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَىٰهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ [التوبة: ١١٥].

٢-التيسير على المكلفين:

وبيان ذلك أن الشريعة -على رأي جمهور الأصوليين- أحكامها معللة، بمعنى أنها

مرتبطة بمعانٍ تشريعية ظاهرة النفع قصد الشارع الحكيم إيجادها في المكلفين.

إلا أن عامة المكلفين -بل وخاصتهم أحياناً- قد تخفى عليهم الصورة الأمثل التي يتحقق بها ذلك المعنى، فكان التحديد هو السبيل الذي يضبط المعنى بصورة تجعل كافة المخاطبين قادرين على تمثله وتحقيقه في تصرفاتهم[1].

يقول الله تعالى بعد تحديد أنصبة الآباء والأبناء من التركة: ﴿ءَابَآؤُكُمْ وَأَبْنَآؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا﴾ [النساء: ١١].

٣-حفظ الأحكام من التلاعب والتغيير:

"ولقد تنـزهت الشريعة عن أن لا تكون أحكامها منوطةً بالانضباط، فإن من صفات حكم الجاهلية -الذي حذر الله منه بقوله: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾ [المائدة: ٥٠]- عدم الانضباط، إذ كانت أمورهم تجري على خواطر تعرض عند وقوع الحوادث...

وجاءت أحكام الإسلام في تلك الأبواب كلها مبطلةً للفوضى المتبعة، وما ذلك إلا بالضبط والتحديد، ولذلك أمرت الشريعة بالمحافظة على حدودها..."[2].

وفي هذا السياق يمكننا أن نفهم قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا النَّسِيٓءُ زِيَادَةٌ فِى الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحِلُّونَهُۥ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُۥ عَامًا لِّيُوَاطِـُٔوا عِدَّةَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ﴾ [التوبة: ٣٧].

٤-تحفيز ذهن المكلف إلى فهم أسرار التشريع:

وبيان ذلك أن "الحدود والضوابط هاديةٌ لمن انحط عن درجة العلماء إلى أن يرتقي قليلاً إلى فهم المعاني والأوصاف المقصودة من التشريع، فيما تحتويه تلك الضوابط من

---

(١) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص٢٦٥.

(٢) المرجع السابق، ص٢٦٦.

المعاني والأوصاف الخفية، فلذلك لم يكن لمتعرفِ مقاصدِ الشريعة غنىً عن معرفة جميع ما ذكرناه"[1].

المطلب الثاني: مكانتها في الفقه

يمكن تلمس مكانة هذه النظرية في الأحكام التفصيلية من خلال النقاط التالية:

١-إن معرفة التحديد يتوقف عليه معرفة ما يتحقق به الإجزاء.

أي: "إغناء الفعل عن المطلوب ولو من غير زيادة عليه"[2]. وبيان ذلك هنا أن الأفعال المطلوبة من المكلفين وخاصة في أبواب العبادات، يحددها الشارع بأوصاف كثيرة لا يتحقق الإجزاء إلا بوقوع ذلك الفعل ضمن تلك الحدود، لذا كانت معرفة هذه الحدود وضبطها من أهم ما يجب على المكلف معرفته.

٢-معرفة ما تبرأ به الذمة[3]:

فطبيعة الحياة التي يمارسها المكلفون تفرض عليهم أن يمارسوا تصرفات مختلفة، وهذه التصرفات تشغل ذمة أحدهم ببعض المستحقات، مما يوجب عليه ديانة وقضاء أن يبرئ ذمته منه. وإن لم تكن هذه المستحقات محدودة مضبوطة بأوصاف ظاهرة، فإن المكلف لا يدري بماذا تبرأ ذمته ولا كيف يكون ذلك، لذا كان التحديد ضرورةً في هذا المجال.

٣- الحدّ من الخصومات:

وهذا يتضح في حرص الفقه الإسلامي على تحديد محل العقد وما شابه. وسبب

---

(١) المرجع السابق، ص٢٦٥.

(٢) الموسوعة الكويتية، ج١ص٣٢١.

(٣) راجع: القضاة، نوح سلمان، إبراء الذمة من حقوق العباد (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٨٦).

ذلك أن النفس جبلت على حب الخير والسعي لتحصيل القدر الأكبر من النفع يقول الله تعالى عن الإنسان: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ۝٨﴾ [العاديات: ٨]، وهذا يجعلها في مجالات المعاملات خاصة تسعى إلى تحصيل القدر الأكبر من ذلك المراد، الذي تتيحه لها.

لكن هذا السعي يقابل بسعي نفسٍ أخرى أقدمت على هذه المعاملة أو تلك للغرض نفسه، مما يؤدي إلى حصول نوع من التنافس الذي يفضي -مع الاسترسال- في أغلب الأحوال إلى المنازعة.

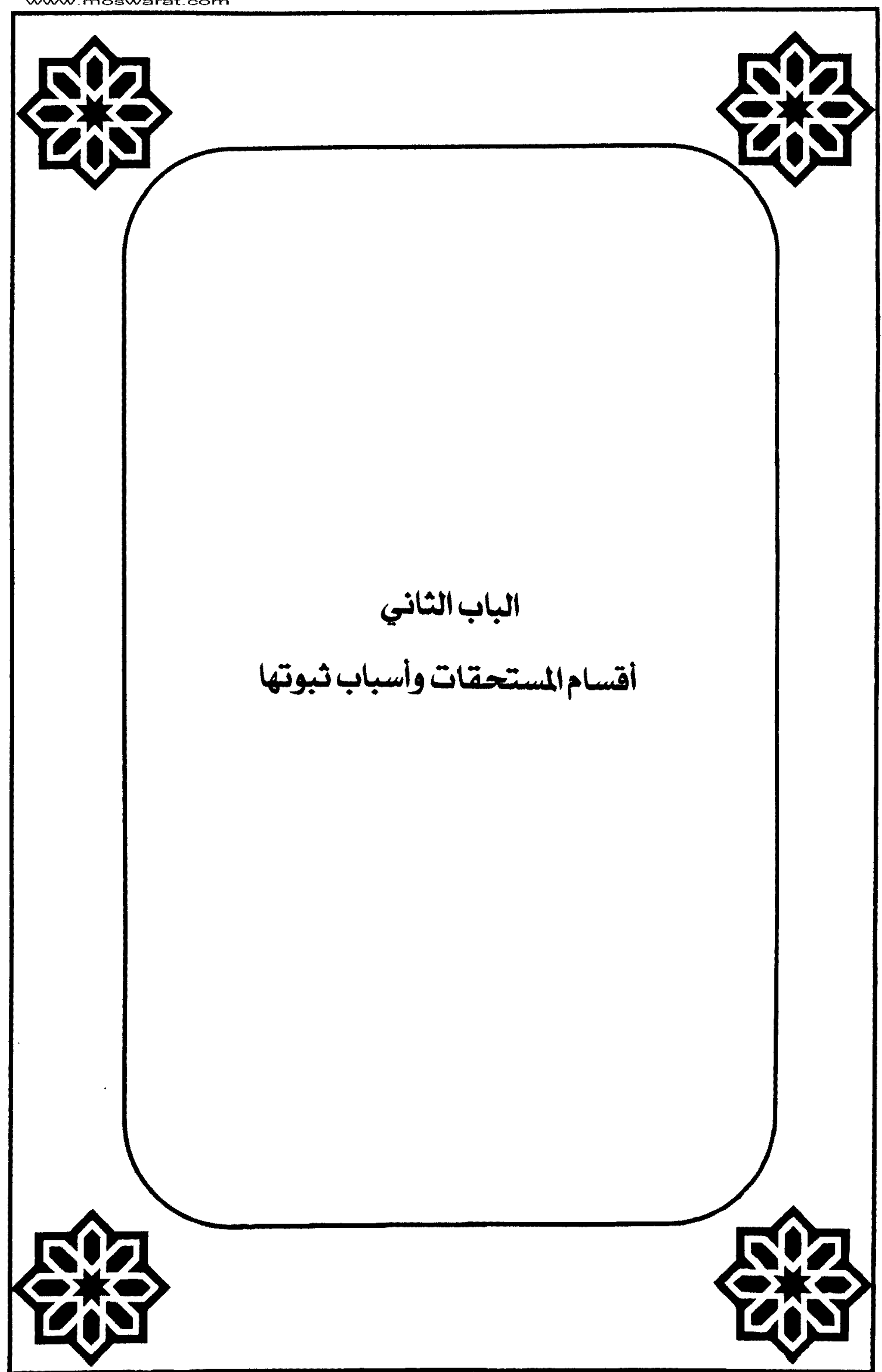
فكان من حكمة الشرع أن يبين لكل من المتعاملين حدود المنفعة المتحصلة من كل نوع من أنواع المعاملة، بل ويؤكد عليهما أن أي معاملة لا تتحرى تحديد الالتزامات المتبادلة سلفاً قد يكون مصيرها الإبطال.

٤- تحقيق مبدأ المساواة أمام القانون[1]:

وهذا يظهر في أبواب العقوبات، إذ حرصت الشريعة على وضع عقوبات محددة -لا تجوز الزيادة عليها ولا النقص منها- لأكثر الجرائم خطورة، تأكيداً منها على عدم إخضاع هذا النوع لاجتهاد مجتهد أو تقدير مخمن، فهذا يؤدي مع مرور الزمن وفساد الذمم إلى نوع تهاونٍ وتحيّز وتمييز بين الناس بما لا يوجب ذلك.

---

(١) راجع: عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١٤، ١٩٩٧م) ج١ص٦١٢-٦٢١.



الباب الثاني

أقسام المستحقات وأسباب ثبوتها

الباب الثاني

أقسام المستحقات وأسباب ثبوتها

تمهيد:

المستحق – على ما سبق بيانه[1] – هو: ما وردت عليه سلطة ممنوحة شرعاً على وجه الاختصاص، وقبل الشروع في بيان القضايا المتعلقة بهذا الباب، لا بد لي من بيان شروط اعتبار المستحق مستحقاً، والتي هي:

١ – أن تكون السلطة واردةً عليه، وثابتةً فيه على وجه الاختصاص، وبهذا تخرج المباحات العامة، لانتفاء عنصر الاختصاص فيها، كما تخرج المحلات التي يمكن أن ترد عليها سلطة ما لكنها لم ترد بعد، ويمكنني أن أسميها "المستحقات الممكنة" ومثالها: الأرض الموات، وسائر الأموال المباحة بحكم الشرع.

٢– أن يكون الارتباط بين السلطة والمستحق قد جاء بناءً على حكم الشرع منحةً منه، وبهذا تخرج عدة أمور من عداد المستحقات، وهي: المحل غير المناسب، وأعني به ذلك المحل الذي لا يقبل بحكم الشرع نوعاً ما من أنواع السلطة، وإن كان قابلاً لأنواع أخرى منها. ومثاله: الإنسان الحر، فإنه لا يصلح أن يكون محلاً للملك ما دام حراً، لكن يصلح أن يكون محلاً للولاية، وبناءً عليه لو ورد عليه الملك فإنه لا يصير مستحقاً شرعياً لعدم الصلاحية، لكن لو وردت عليه الولاية بشروطها فإنه يصير مستحقاً من هذا الوجه.

كما يخرج المحل غير المعتبر: وهو ذلك المحل الذي لا يقبل أي نوع من أنواع السلطة، فلا يتصور شرعاً أن يكون مستحقاً بحال من الأحوال، ومثاله: العين غير

---

(١) انظر ص٦٨ من هذه الرسالة.

المتقومة، والمستحيل الذي لا يمكن تحقق وجوده عادة.

هذا ما يتعلق ببيان شروط المستحق، أما ما يتعلق بالقضايا الأخرى المتعلقة به فقد خصصت لها هذا الباب، وجعلت الحديث فيه يدور حول محورين هما: أقسام المستحقات، وأسباب ثبوتها، فأفردت لكل منهما فصلاً خاصاً به.

الفصل الأول

أقسام المستحقات

تطالعنا "نظرية الحق" في الفقه الإسلامي بتقسيمات متعددة للمستحقات، وسبب هذا التعدد يعود إلى: اختلاف الزوايا التي يمكن من خلالها النظر في هذه المستحقات، أو إلى التقسيمات المختلفة للحق، فهذه لا بد أن تنعكس على المستحقات باعتبارها ركناً من أركان الحق، أما السبب الثالث لتعدد التقسيمات فهو تعريف الحق والتوجه المعتمد فيه[1].

وفيما يلي بيان لهذه التقسيمات، وبيان لمنشأ كلٍّ منها، مع بيان أثرها الإجمالي في فكرة التحديد، وقد صنفت هذه التقسيمات إلى صنفين باعتبار هذه النقطة الأخيرة، وهما:

١- تقسيمات مؤثرة في مفهوم التحديد وأحكامه.

٢- تقسيمات غير مؤثرة كسابقتها.

وسأتناول كلاً منها في مبحث خاص.

---

(١) انظر الباب الأول ص٦٢ وما بعدها من هذه الرسالة.

المبحث الأول: التقسيمات المؤثرة في التحديد

هنا ثلاثة تقسيمات باعتباراتٍ مختلفة، يقع كلّ واحدٍ منها في مطلب.

المطلب الأول: تقسيم المستحقات باعتبار جهة الاستحقاق

أولاً: منشأ هذا التقسيم:

يعد هذا التقسيم مستمداً من تقسيم الفقهاء والأصوليين للحق نفسه باعتبار صاحبه، حيث يقولون: إن الحق على ثلاثة أنواع: حق لله، وحق للعبد، وحق مشترك، وهذا هو التقسيم الأكثر شيوعاً بينهم وبخاصة المتقدمين منهم[1].

ثانياً: عرض التقسيم:

-المستحقات بهذا الاعتبار ثلاثة أقسام:

١ - المستحقات الثابتة لله تعالى:

ويمكن أن يطلق عليها أيضاً "المستحقات العامة" لأن النفع فيها يعود إلى عامة الناس، فالله هو الغني الحميد. ومن أهم ما عرفت به هذه المستحقات[2]:

---

(١) انظر على سبيل المثال: البزدوي، عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول البزدوي (بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ١٤١١هـ) ج٤ص٢٣٠. التفتازاني، مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، د. ت) ج١ ص ١٥٠.

(٢) هذه التعريفات أوردها أصحابها أصلاً في تعريف حق الله أو الحق العام ذاته، ولكنهم لما جروا على الاصطلاح القائل بأن الحق هو الشيء الثابت نفسه، أتت تعريفاتهم منصبة على المستحق بالمعنى الذي ارتضيته.

أ- "ما يتعلق به النفع العام للعالم فلا يختص به أحد، وينسب إلى الله تعالى تعظيماً، أو لِئلا يختص به أحد..."[1].

ب- "ما قصد به قصداً أولياً التقرب إليه سبحانه وتعظيمه وإقامة دينه، أو قصد به حماية المجتمع"[2].

ومثالها: أعمال العبادات فعلاً كانت كالصلاة أو امتناعاً كالصوم ،والجهاد في سبيل الله تعالى و إقامة الحدود عدا حد القذف...إلخ.

٢- المستحقات الثابتة للشخص:

وعبّرت هنا بالشخص لا بالفرد ليدخل في ذلك الشخص الحقيقي (الإنسان) والشخص الاعتباري، كالشركة والوقف، ومن أهم ما جاء في تعريف هذا النوع:

أ- "ما يتعلق به مصلحة خاصة"[3].

ب-"ما كان نفعه مختصاً بشخص معين"[4].

ومثالها: الأعيان المملوكة للأفراد، والعمل المتعاقد عليه في إجارة الأشخاص... إلخ.

٣- المستحقات المشتركة:

وهي تلك المستحقات التي اشترك فيها حق الله وحق العبد، وتقسم إلى قسمين: مستحقات مشتركة وحق الله فيها غالب كالزكاة، ومستحقات مشتركة وحق العبد

---

(١) البزدوي، كشف الأسرار ج٤ص٢٣٠. التفتازاني، شرح التلويح، ج١ ص ١٥٠.

(٢) أبو سنه، النظريات العامة، ص٥٦.

(٣) البزدوي، كشف الأسرار، ج٤ص٢٣٥. التفتازاني، شرح التلويح، ج٢ص١٥٠.

(٤) لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج١٨ ص١٨.

فيها غالب[1]،كالقصاص في النفس وما دونها.

ثالثاً: أثر هذا التقسيم على فكرة التحديد:

إن المستحق الذي يثبت لله تعالى خالصاً أو كان حق الله فيه غالباً، يكون مرجع تحديده النص لا غيره، فلا مدخل للاجتهاد في تحديده ابتداء، بخلاف المستحق الثابت للشخص فإن مرد تحديده ابتداءً هو الإرادة أو طبيعة الفعل الذي باشره الشخص فثبت به مستحق من هذه المستحقات، على أن هذا بطبيعة الحال يبقى محكوماً بنصوص الشرع وقواعده العامة، كما أن للاجتهاد في الأول مدخلاً من حيث التنـزيل والتفسير.

إن المستحقات الثابتة للشخص تكون قابلة للإسقاط كلياً أو جزئياً تبعاً لإرادته، في حين أن المستحقات الثابتة لله تعالى أو حق الله فيها غالب لا تكون كذلك.

المطلب الثاني: تقسيم المستحقات باعتبار ماليتها

أولاً: منشأ هذا التقسيم:

هذا التقسيم منشؤه النظر إلى مدى توفر صفة المالية في المستحق أو عدم توفرها، لذا فهو تقسيم وصفي راجع إلى وصف في المستحق لا إلى أمر خارجي.

والمال في اصطلاح الفقهاء له عدة تعريفات، منها:

١ - "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"[2].

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) ابن عابدين، الحاشية، ج٤ص٥٠١.

٢- "ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك من غيره إذا أخذه من وجهه"[١].

٣- "كلّ ما أمكن إحرازه والانتفاع به"[٢].

وهذا التعريف الأخير هو المختار عندي لشموله أنواع المال المختلفة ولخلوه من الانتقادات.

ثانياً: عرض التقسيم:

يمكن تقسيم المستحقات باعتبار ماليتها إلى قسمين:

١-**المستحقات المالية**: وهي تلك التي توفر فيها -بحسب التعريف المختار- أمران: إمكان الإحراز والحيازة، وإمكان الانتفاع عادة.

ويمكن التمثيل لها بالمقادير الواجبة في الزكاة حقاً لله تعالى، والنفقة الواجبة للزوجة أو الأقرباء، والمهر الثابت بعقد الزواج...إلخ.

٢-**المستحقات غير المالية**: وهي تلك التي لم يتوفر فيها ما سبق من الشروط.

ومثالها: إيقاع الطلاق والأخذ بالشفعة واستيفاء القصاص والولاية على الصغير.

ومن الفروق الأخرى بين هذين النوعين: أن كلّ المستحقات المالية تقبل الاستعاضة عنها بالمال، في حين أن المستحقات غير المالية منها ما يستعاض عنه بمال كالقصاص والعصمة الزوجية، ومنها ما ليس كذلك كالولاية على الصغير[٣].

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج٢ص١٧.

(٢) الصابوني، عبد الرحمن، المدخل، ج٢ص٨٥. بدران، أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، د. ت) ص٢٨٣-٢٨٤.

(٣)الموسوعة الفقهية، ج١٨ص٤٠.

ثالثاً: أثر هذا التقسيم على فكرة "التحديد":

يظهر هذا الأثر في أن تحديد المستحقات المالية يعني تحديد قيمتها الذاتية، لأن هذه المستحقات -كما سبق بيانه- مرتبطة ارتباطاً ذاتياً بالقيمة المالية، من هنا كان أي تحديد لها هو في الحقيقة تحديد لقيمتها، وليس الأمر كذلك في المستحقات غير المالية، فهي في الحقيقة لا تخضع للتقييم المالي، وتحديدها لا يعني تحديد قيمتها بحال من الأحوال.

ولا يُشكل على هذا ما قدمته من كون بعض المستحقات غير المالية يمكن الاستعاضة عنه بمال، لأن هذه الاستعاضة ليست استعاضةً حقيقيةً من جميع الوجوه، فتكييفها الفقهي أنها عبارة عن بذل مال "لصاحب الحق لإسقاط حقه"[1].

ومن تطبيقات هذا الأثر في الفروع الفقهية: أن استبدال مستحقٍّ مالي بمستحق مالي آخر -إما على سبيل التبادل الاختياري كما في العقود الناقلة للملكية، أو على سبيل التعويض كما في ضمان المتلفات- يُبنى على تماثل القيمة المالية لكلٍّ من البدل والمبدل منه، مما ينعكس على كيفية تحديد البدل، إذ يراعي الناس عادةً والقاضي وجوباً -في الحالات التي تؤول إليه- أن يكون البدل مساوياً في القيمة للمبدل منه.

أما المستحقات غير المالية التي يمكن الاستعاضة عنها بمال فإن تحديد بدلها يراعى فيه أمر آخر، كنص الشارع -في الديات مثلاً- أو إرادة المنتفع -كما في الخلع- بقطع النظر عن المبدل منه إذ لا تأثير له في ذلك.

---

(١) انظر: الخفيف، الملكية، ص١٣.

المطلب الثالث: تقسيم المستحقات باعتبار نوعها

أولاً: منشأ هذا التقسيم:

يعود منشأ هذا التقسيم إلى النظر في المستحقات نظراً ذاتياً باعتبارها أنواعاً مختلفة لجنس واحد هو المستحق، مع عدم اعتبار أي ميزةٍ أخرى غير ذاتية.

ولعل هذه النظرة -وما فيها من اعتبار منطقي يحاول اقتناص الجوهر- هي السبب في إفراز أكثر من تقسيم يصدق عليه أنه تقسيم للمستحقات باعتبار نوعها، لذا سأعرض هذه التقسيمات كلاً على حدة.

ثانياً: عرض التقسيمات:

التقسيم الأول: يرى صاحب هذا التقسيم [1] أن المستحقات ستة أنواع هي:

١- المال، ومثاله: المبيع، والوديعة بالنسبة لمالكها.

٢- المنفعة، ومثالها: سكنى الدار.

٣- العمل، ومثاله: العبادات، وتسليم المبيع.

٤- الامتناع عن عمل، كامتناع الزوجة عن إدخال أحدٍ دار زوجها بغير إذنه.

٥- وصف آخر، مثل: الولاية على الصغير.

٦- المستحقات الفطرية، مثل: الحياة والحرية.

---

(١) انظر: أبو سنه، النظريات العامة، ص٥٠،٥٢. ويلاحظ أنه قد ذكر هذه الأنواع مرتين، مرة على أنها أنواع الحق، ومرة على أنها أنواع المستحقات، وهذا يعود إلى اصطلاحه في تعريف الحق.

ويلاحظ على هذا التقسيم أمور منها:

١- أنه جعل المنفعة نوعاً مستقلاً من أنواع المستحقات، مع أن المنفعة لا توجد مستقلة بحال من الأحوال، بل هي مرتبطة دائماً بعين ما، مما يعني أن سلطة المنتفع لا ترد على المنفعة استقلالاً وإنما ترد على العين بقصد الانتفاع[1].

٢- أنه جعل العمل والامتناع عن العمل نوعين مستقلين، مع أنهما نوع واحد له شقان أحدهما إيجابي والآخر سلبي.

٣- أنه شمل المستحقات الفطرية، مع أنها مباحات لا تدخل ضمن مفهوم المستحقات بالمعنى الذي اخترته في هذه الرسالة.

التقسيم الثاني: يرى صاحب هذا التقسيم[2] أن أنواع المستحقات منحصرة في أمرين هما:

١- **الشيء**: وهو الذي ترد عليه بعض السلطات الشرعية فتولد لصاحبها حقاً

---

(١) هذه المسألة موضع خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يرى أن المعقود عليه في عقد الإجارة هو العين بقصد الانتفاع، ومنهم من يرى أن المعقود عليه هو المنفعة، وحقيقة الأمر أن الخلاف يكاد يكون صورياً ولذا قال الإمام الرافعي عنه: "ويشبه أن لا يكون ما حكيناه خلافاً محققاً لأن من قال المعقود عليه العين لا يعني به أن العين تملك بالإجارة كما تملك بالبيع، ألا ترى أنه قال: المعقود عليه العين لاستيفاء المنفعة، ومن قال المعقود عليه المنفعة لا يقطع الحق عن العين، بل تسلم العين وإمساكها مدة العقد لينتفع بها"، الرافعي، عبد الكريم بن محمد، الشرح الكبير (المدينة المنورة: المكتبة السلفية، د. ط، د. ت) ج١٢ص١٨٥-١٨٦.

وقد اخترت التوجه القائل بأن المستحق هو العين بقصد الانتفاع لأنه الأنسب في تقسيم البحث وترتيب المستحقات على ما سيأتي.

(٢)الدريني، الحق، ص١٩٤.

عينياً فيه، كحق الملكية وحق الحبس في المرهون، وحقوق الارتفاق... إلخ.

٢- أداء التزام من آخر: وهو الذي ترد عليه بعض السلطات الشرعية فتولد لصاحبها حقاً شخصياً يجعل شخصاً آخر ملتزماً لصاحب الحق بأداءٍ معينٍ، قد يكون سلبياً كالامتناع عن الانتفاع بالمرهون، وقد يكون إيجابياً كالثمن المؤجل أو منفعة الأجير.

ويلاحظ على هذا التقسيم:

أ- أنه غير جامع، إذ إنه لم يشمل الإنسان الذي هو محل لبعض الحقوق كالولاية والطلاق مثلاً، بل إن بدن الإنسان هو محل حق القصاص على اختلاف أنواعه.

وقد يقال في جواب ذلك: إن الإنسان داخل ضمن مسمى الشيء، وهذا صحيح في لغة الشرع، يقول الله تعالى: ﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُۥ﴾ [القصص: ٨٨]. لكن يبقى إفراده بالذكر أولى، وخاصة أن طبيعة الحقوق التي ترد على الأشياء غير الإنسان تختلف عن طبيعة الحقوق التي ترد عليه.

ب- يظهر من خلال الأمثلة أنه قد جمع تحت النوع الثاني صنفين يصلح أن يفرد كلّ واحد منها بنوع مستقل، وهما العمل بشقيه، والدين.

التقسيم الثالث: يرى صاحب هذا التقسيم[1] أن المستحقات نوعان هما:

أ- الشخص: حيث ترد عليه بعض السلطات المباشرة كالولاية والحضانة، كما ترد عليه سلطات تقتضي تكليفه بعمل معين كالأجير يكلف بأداء العمل المتعاقد عليه، أو تكليفه بعهدة مالية كالمدين يكلف بأداء الدين الثابت في ذمته.

ب-الشيء: وهو الذي ترتبط به بعض السلطات الشرعية، فينتج عن هذا الارتباط

(١) الزرقا، المدخل، ج٣ص١١.

أنواع الحقوق العينية مثل حق الملكية وحق التملك بالشفعة وحق الانتفاع.

ويلاحظ على هذا التقسيم أنه شامل لأنواع المستحقات المختلفة، إلا أنه قد حصر نفسه في نوعين فقط مع أن النوع الأول يشتمل على فروع متعددة يصلح كلّ واحد منها أن يكون نوعاً مستقلاً، ولو كان كذلك لكان أوضح.

التقسيم الرابع: يرى صاحب هذا التقسيم[1] أن المستحق "محل الحق" لا يخلو أن يكون أحد ثلاثة أشياء:

أ- **المال**: حيث يرد عليه حق الملكية تاماً كان أو ناقصاً، كما ترد عليه الإباحات والتصرفات المتعلقة بالتملك أو التمليك.

ب- **الذمة**: ويتعلق بها نوعان من الحقوق: الحق في الدَّين والحق في العمل المستحق على الأجير بعقد الإجارة.

ج- **النفس**: ويتعلق بها حق الولاية وحق الحضانة وحق الانتساب وحق القصاص.

كما يرى صاحب هذا التقسيم أن من الحقوق ما لا يرد على محل، ومثَّل لهذا النوع بحق الزوج في أن يتمتع بزوجته وحقه في أن تطيعه، وحق التعاقد والتملك والالتزام أو ما يسمى بالمكنات (جمع مكنة).

ويلاحظ على هذا التقسيم عدة أمور:

١-أنه جعل الذمة بذاتها محلاً في باب الديون والأعمال، وهذا تعبير غير دقيق لأن الديون والأعمال هي التي ترد عليها سلطات الحق، وليست الذمة التي هي محل اعتباري للديون أو الأعمال، لذا يقول الفقهاء: ثبت لفلان دين في ذمة فلان، ولا

(١) الخفيف، الملكية، ص٧٢.

يقولون: ثبت له ذمة فلان.

٢-أنه قد اعتبر بعض الحقوق لا محل لها، ولو نظرنا إلى هذه الحقوق لوجدناها إما أنها ليست حقوقاً بالمعنى الذي اخترته لهذا البحث، إذ لا اختصاص فيها، وهي التي سماها بالمكنات، أو أن لها محلاً يظهر بعد تدقيق وتمحيص، فالتمتع المذكور محله المرأة، والطاعة محلها إما عمل أو امتناع عن عمل.

التقسيم المختار:

بعد عرض هذه التقسيمات المختلفة لأنواع المستحقات، أرى أن أخرج بتقسيم مستمد من مجموع هذه التقسيمات، يدل على ما دلت عليه من جهة، ويتلافى ما انتقدته عليها من جهة أخرى، قاصداً أيضاح المراد، وهو يقوم على أن المستحقات أربعة أنواع هي:

١- **الإنسان:** حيث يعتبر الإنسان مستحقاً -بالمفهوم الفقهي - في كثير من الحقوق[(١)]، والتي توصف بأنها حقوق عينية غير مالية[(٢)].

وهذه الحقوق إما أن ترد على ذات الإنسان (بدنه) كحق الله تعالى في أبواب العقوبات (الحدود)، وحق القصاص، وحق الحضانة، أو ترد على أوصاف تقوم به ويمكنني أن أسمي هذه الأوصاف: الشخصية[(٣)]، ومن هذا الصنف حق الولاية على

---

(١) خلافاً للقانونيين الذين يقصرون المحل على الأشياء والأعمال. انظر: محمد رأفت عثمان ورفيقه، النظريات العامة في الفقه الإسلامي (دبي: دار القلم، ط١، ١٤٠٦هـ) ص١٤٩. المرجع السابق.

(٢) وهذا بحسب الاصطلاح الفقهي الحديث، لأن القانونيين يجعلون الحق الشخصي والعيني أنواعاً للحق المالي فقط. انظر: أبو سنه، النظريات العامة، ص٧٣. الدريني،محمد فتحي وآخرون، حق الابتكار في الفقه الاسلامي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٨٤م) ص٤٣ هامش.

(٣) يمكنني أن أعرف الشخصية تعريفاً أولياً بأنها: مجموعة الأوصاف التي تقوم بالإنسان فتثبت له وجوداً غير الوجود المادي (المحسوس) أو المالي (الذمة).

النفس، وحق الطلاق، وحق النسب.

٢- **العين**: وهي كلّ مالٍ حاضرٌ معينٌ بذاته في الوجود الخارجي[1]، والحقوق التي ترد على الأعيان توصف بأنها حقوق عينية مالية، وهي على صنفين: صنف يرد على ذات العين استعمالاً واستهلاكاً واستغلالاً وهذا هو حق الملكية، وقد يكون تاماً وقد يكون ناقصاً، وصنف يرد على المنفعة المتولدة من العين، ومثاله حق المستأجر في العين المؤجرة.

٣- **الدَّين**: وهو كلّ مال حكمي معين بنوعه لا بذاته، محل ثبوته الذمة[2]، والحقوق التي ترد على الديون توصف بأنها حقوق شخصية مالية[3]، ومثالها: حق الدائن في الدين، وحق من أُتلف له مال في مثل ما أُتلف له أو قيمته.

٤- **العمل**: وهو أداء فعل معين[4].

والأداء هنا قد يكون إيجابياً يقتضي تنفيذ فعل معين كفعل الصلاة، وخياطة ثوب، وتسليم المبيع للمشتري، وقد يكون سلبياً يقتضي الكفّ عن فعل معين أيضاً، ومثاله الصيام، والتزام الزوجة ألا تدخل أحداً لا يرتضيه الشرع أو الزوج إلى بيتها، والتزام المستودَع بعدم استعمال الوديعة عند من يرى ذلك من الفقهاء.

---

(١) هذا التعريف مستمد من: الزرقا، المدخل، ج٣ص١٩. لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج٥ص٢٦٤.

(٢) هذا التعريف مستمد من المراجع السابقة.

(٣) الدَّين في اصطلاح القانونيين وبعض الفقهاء المحدثين يصنف في باب المحل ضمن الأعمال، على اعتبار أن المدين يطالب بعمل هو أداء الدين، فسلطة الدائن تنصب على المطالبة به لا عليه بذاته، أما في الفقه الإسلامي فإن الدين له عنصران هما: أصله، والمطالبة به، وهما قد يجتمعان وقد يفترقان، مما يقتضي إفراده في نوع خاص. انظر: الزرقا، المدخل، ج٣ص٧٠، ٧٤-٧٦، ١٧٠-١٧٢.

(٤) هذا التعريف مستمد من: السنهوري، مصادر الحق، ج١ص١٤.

ثالثاً: أثر هذا التقسيم على فكرة التحديد:

يظهر أثر هذا التقسيم على فكرة التحديد ككل من خلال وسائل التحديد، فالوسيلة التي يراد استعمالها في تحديد مستحقٍّ ما يجب أن تُراعي طبيعة المستحق ونوعه، وذلك من أجل أن تؤدي وظيفتها في تمييزه عن غيره من المستحقات. من هنا فليست جميع وسائل التحديد -كما سيتبين في الباب الرابع- تصلح لكلٍّ من هذه الأنواع، بل بعضها يعمل في بعض دون الآخر.

المبحث الثاني: التقسيمات الأخرى

هذه التقسيمات يجمع بينها أنها غير مؤثرة في فكرة التحديد تأثيراً مباشراً، غير أن الوقوف عليها ومعرفة تفصيلاتها يوضح كثيراً من مفاهيم النظرية، ولذا سأتعرض لها مع شيء من الإيجاز، وهي أربعة تقسيمات، سأبحث كلّ واحدٍ منها في مطلب.

المطلب الأول: تقسيم المستحقات باعتبار تأثرها بعد ارتباط الحق بها

أولاً: منشأ هذا التقسيم يعود إلى النظر في مدى الأثر الذي أحدثه الحق في محله بعد أن ارتبط به، والذين ذكروا هذا التقسيم بالأصل [1] ذكروه على اعتبار أنه من تقسيمات الحق بالنظر إلى تأثيره في محله، فأطلقوا على المؤثر منه: "غير مجرد"، وعلى غير المؤثر: "مجرداً"، لكنني هنا سأنظر إلى المستحق لا إلى الحق باعتباره نقطة الارتكاز في الرسالة كلها.

ثانياً: عرض التقسيم. تنقسم المستحقات بهذا الاعتبار إلى قسمين:

١- **مستحقات متأثرة**: وهي تلك التي يستقر فيها الحق استقراراً يترك أثراً أو حكماً يزول بالتنازل عنه.

ومثالها: رقبة القاتل، التي هي محل حق القصاص، وتعلق هذا الحق بها يجعلها غير معصومةٍ بالنسبة لولي القصاص، لكن إن تنازل أو عفا فإن هذا الأثر يزول.

٢- **مستحقات غير متأثرة**: وهي تلك التي لا يستقر فيها الحق، حيث لا يترك وروده عليها أثراً أو حكماً يزول بالتنازل عنه.

ومثالها: العقار الذي ثبتت فيه الشفعة، فهذا الحق في واقع الأمر "نوع من الولاية

---

(١) انظر: الخفيف، الملكية، ص١٣. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤ص٢١.

أعطيت للشفيع، وهي أن يتملك العقار بعد أن يتملكه المشتري، وملكية المشتري لهذا العقار قبل التنازل عن الشفعة هي بعينها بعد التنازل عنها، وإذن فلا تعلق له بالمبيع إلا على هذا الوجه، ولا يرى للشفيع فيه حق مستقر يحد من تصرف المشتري فيه وانتفاعه به، فحاله بعد التنازل عن الشفعة هي حاله قبل التنازل عنها"[1].

المطلب الثاني: تقسيم المستحقات من حيث إدراكها بالحس

أولاً: منشأ هذا التقسيم يعود إلى النظر في توفر صفةٍ في المستحق، هي كونه يشغل حيزاً في الوجود الخارجي بحيث يدركها الحس[2].

ثانياً: بناء على هذا يمكن القول: إن المستحقات تقسم إلى قسمين:

١- **مستحقات لا تدرك بالحس**: وأعد تحت هذا القسم أنواعاً من المستحقات هي: الدين والعمل و الشخصية. و عدم إدراكها بالحس يرجع إلى أحد أمرين:

أ- أنها بطبيعتها غير قابلة للإدراك، وإنما هي وصف قائم بعين من الأعيان، وهذا ينطبق على الشخصية.

ب- أنها غير موجودة في الحال، بل هي مضافة إلى المستقبل، حيث يمكن أن تتمثل على صورة أو أخرى، وهذا ينطبق على الدين وعلى العمل.

٢- **مستحقات يدركها الحس**: وهذه هي: الشخص الحقيقي، والعين.

---

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤ ص٢١.

(٢) فكرة هذا التقسيم مستمدة من كلام الأستاذ أبو سنه في تقسيم الحق باعتبار محله إلى متقرر ومجرد، إلا أنه أتى بكلام يتناسب مع مفهوم الحق عنده لا عند الباحث. انظر: النظريات العامة، ص٦٦.

المطلب الثالث: تقسيم المستحقات من حيث التحديد

منشأ هذا التقسيم يعود إلى وجه الارتباط بين التحديد و المستحق.

مع أن أوجه الارتباط هذه متعددة، وبيانها هو أساس هذه الرسالة، إلا إنني سأعرض إلى واحد منها، وهو ذلك الذي ذكره الإمام الشاطبي في "الموافقات"[(١)]، حيث يرى هذا الإمام أن الحقوق بالنسبة للتحديد تنقسم إلى قسمين:

أ-حقوق محدودة شرعاً، ومثالها: أثمان المشتريات، وقيم المتلفات ومقادير الزكوات...الخ.

ب- حقوق غير محدودة شرعاً، ومثالها: الصدقات المطلقة، وسدّ الخُلات ودفع حاجات المحتاجين...الخ.

-ويلاحظ على هذا التقسيم جملة من الأمور:

١- أن الإمام الشاطبي قد جرى على اصطلاح الفقهاء السابقين في إطلاق لفظ الحق على ذات الحق وعلى المستحق أيضاً، فالملاحظ من الأمثلة السابقة أن التحديد واقع على المستحقات لا على الحق بالمفهوم المختار في هذه الرسالة.

٢- إن تسمية القسم الأول من الحقوق (المستحقات) بالمحدودة والقسم الثاني بغير المحدودة، غير مقصود بإطلاق، فالقسم الثاني لا يبقى غير محدودٍ أبداً، وإنما مآله التحديد، وهذا ما نبّه إليه الإمام الشاطبي نفسه إذ يقول: "فمعنى ذلك (أي: عدم التحديد) طلب رفع الحاجة في كلّ واقعة بحسبها من غير تعيين مقدار، فإذا تعينت حاجة تبين مقدار ما يُحتاج فيها بالنظر لا بالنص"[(٢)].

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج١ص١٥٦-١٥٧.

(٢) المرجع السابق، ص١٥٧.

فهذه العبارة الأخيرة تدل صراحةً على أنه ما من مستحق إلا وقد حُدد، لكن بعضها حُدد بالنص من حين تشريعه، وبعضها الآخر ترك إلى حين الحاجة إليه، فيكون تحديده بناء على ما يقتضيه النظر والاجتهاد.

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن المستحقات بالنظر إلى وقت تحديدها تنقسم إلى قسمين:

أ- مستحقات محدودة ابتداءً: وهي تلك التي نص الشارع على بيان مقدارها حين شرعها.

ب- مستحقات محدودة انتهاءً: وهي تلك التي لم ينص الشارع على بيان مقدارها حين شرعها، بل وَكَلَ ذلك إلى النظر والاجتهاد بحسب ما تقتضيه الواقعة والمصلحة.

ومما يذكر في ختام هذا المبحث أنه يمكن الخروج بتقسيم آخر للمستحقات وذلك بالنظر في السبب الشرعي الذي أدى إلى ثبوت المستحق ثبوتاً شرعياً بحيث تبنى عليه أحكام صحيحة، وهذه الأسباب متعددة، ولكن يمكن ردها إلى خمسة أنواع هي: الدليل الشرعي والعقد والتصرف الانفرادي والفعل النافع والتعدي على حق الغير.

والحديث عن هذه الأسباب وما يتعلق بها من مسائل، هو موضوع الفصل التالي من هذا الباب، فهو مخصص للبحث في أسباب ثبوت المستحقات.

الفصل الثاني

أسباب ثبوت المستحقات

مبحث تمهيدي

أرى من الضروري أن أقدم بين يدي مباحث هذا الفصل مبحثاً تمهيدياً أوضح فيه بعض القضايا المتعلقة بأسباب ثبوت المستحقات بشكل عام، وهذه القضايا هي:

أولاً: معنى ثبوت المستحقات:

المقصود بثبوت المستحقات هنا: ارتباط سلطةٍ ممنوحةٍ شرعاً -بموجب الحق- بمحلها على وجه صحيح شرعاً، ولذا فليس المقصود وجود المحل استقلالاً، لأن المحل قد يكون موجوداً، ولكن خالياً من الارتباط (الاستحقاق) بسلطة من السلطات، فلا يعد حينئذ مستحقاً كما في الأموال المباحة.

على أن بعض المستحقات لا يوجد إلا مع وجود السلطة نفسها، وحينئذٍ يكون السبب -الذي سنبين أنواعه هنا- مُنشئاً للمحل وللسلطة في آن واحد، ومثال ذلك: الدَّين، إذ ليس له وجود حقيقي سابق على ورود السلطة عليه -كالنوع الأول- فهو أمر لا يحصل اعتباره الشرعي -بناء على أن الأصل براءة الذمة- إلا عند قيام سبب يقتضيه -كالقرض مثلاً- وعندها يكون السبب محدثاً للدين نفسه كما هو محدث للسلطة التي ثبتت للدائن، وللارتباط بينهما.

ثانياً: كيفية ارتباط السلطة بمحلها:

وأعني هنا: الكيفية التي ترتبط بها أنواع السلطات المختلفة بأنواع المستحقات، وإجمالاً فإن هناك طريقين لهذا الارتباط، وهما:

١- أن ترد السلطة على محلها مباشرةً دون حاجةٍ إلى طرف آخر غير صاحب الحق، عندها يكون صاحب الحق هذا قادراً على التسلط المباشر على المستحق وممارسة

سلطاته عليه، ومثال ذلك: حق الملكية، إذ بمجرد أن يثبت لجهة ما ملك عين من الأعيان - خالياً عن أي حق لآخر- يصير المالك قادراً على استيفاء سلطاته من استعمال واستغلال واستهلاك مباشرة دون واسطة.

٢- أن ترد السلطة على محلها بطريق غير مباشر، وذلك عندما تقتضي هذه السلطة أداءً من شخص ثانٍ للمحل المعني. أي أن ثبوت السلطة لصاحب الحق يقتضي ثبوت واجبٍ -على طرف آخر- مضمونه أداء المستحق لمستحِقِّه، مثال ذلك: حق الدائن في الدين، فثبوت هذا الحق يعني أن المدين مطالبٌ بما ثبت في ذمته حقاً للدائن.

وإذا أردت توزيع هذين الطريقين على أنواع المستحقات كلاً بحسب ما يناسبه، فإن النتيجة تكون: الطريق الأول يرد على الأعيان وعلى الأشخاص، أما الطريق الثاني فيرد على الأعمال والديون، وبصورة أقل على الأعيان[1].

ثالثاً: هل لثبوت المستحقات أسباب مستقلة؟

أعني مستقلة عن أسباب الحق (مصادر الحق). الجواب: لا؛ لأن المستحق ما هو إلا ركن من أركان الحق، فإذا ثبت الحق ثبتت جميع أركانه وكل ما يتعلق به. من هنا كان البحث في أسباب ثبوت المستحقات هو بحث في أسباب الحق نفسه، ولكن بالنظر إلى أثرها في إيجاد ركن من أركان الحق وهو المستحق.

رابعاً: المقصود بالسبب هنا:

غني عن القول بأن ثبوت المستحقات -أو ثبوت الحق بشكل عام- يتوقف على اعتبار الشرع دائماً، وأن أي تسلطٍ لا يُقِرّه الشرع على محلٍ ما تسلطٌ باطلٌ بل وموجب للمسؤولية. غير أن الشرع بأحكامه لا يكون -في كثير من الأحيان- سبباً مباشراً في

---

(١) انظر: أبو غنيمة، عبد العزيز عبد القادر، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون (القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٣٩٢هـ) ص٤٩٢.

إيجاد التسلط الصحيح، إذ إنه يجعل هذا الأمر متوقفاً على جملة من الأسباب الأخرى التي يباشرها المكلفون بأنفسهم أو يتسببون بها، فيأتي هو بدوره ليقرر الأحكام ويرتب السلطات والالتزامات[1].

وهذه الأسباب المباشرة هي مجال البحث والتصنيف هنا، بالإضافة إلى حكم الشرع عندما يكون سبباً مباشراً في ثبوت المستحقات.

خامساً: طرق تناول هذه الأسباب:

اختلفت طرائق الفقهاء قديماً وحديثاً في تناول أسباب ثبوت المستحقات، ففقهاء السلف كانوا يرتبون أبحاثهم بحسب تصرفات المكلفين، يذكرون عند كلّ تصرفٍ منها أنواع الحقوق والمستحقات التي ثبتت بموجب هذا التصرف على اختلاف أنواعه، واختلاف صور النوع الواحد منه.

أما الفقهاء المحدثون الذين عنوا باستخراج النظريات العامة في الحق أو الالتزام في الفقه الإسلامي، فقد سلكوا مسالك متعددة في إعادة ترتيب وتصنيف التصرفات المذكورة، متأثرين إلى حدّ كبير بالنظريات الفقهية المعاصرة، وهذا المسلك هو الأليق بالبحث التنظيري الذي نحن بصدده.

خلاصة القول: أن هذا الفصل في بيان الأسباب المباشرة التي تربط بين السلطة الممنوحة شرعاً لصاحب الحق وبين المستحق الذي هو محل هذه السلطة وموضعها.

وهذه الأسباب في حقيقتها هي أسباب ثبوت الحق، لكن زاوية النظر إليها تختلف بحسب ما يقتضيه موضوع الرسالة، كما أنني أريد أن أبين طرق تصنيف هذه الأسباب وترتيبها، والتي ترجع إلى طريقين رئيسين أخصص لكل واحدٍ منهما مبحثاً.

---

(١) انظر: الزرقا، المدخل، ج٣ص٨٧. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٤ص٢٣.

المبحث الأول: أسباب ثبوت المستحقات باعتبار نوعها

يقوم هذا التقسيم على إرجاع أسباب ثبوت المستحقات إلى خمسة أنواع هي: أدلة الشرع، والعقد، والتصرف الانفرادي، والفعل النافع، والتعدي على حق الغير[1]، وسأتناول كلّ نوعٍ منها في مطلب مستقل.

المطلب الأول: أدلة الشرع

المقصود بأدلة الشرع هنا هي تلك التي يذكرها علماء الأصول في مباحث الأدلة من علم أصول الفقه[2].

وأدلة الشرع هذه لها دور كبير في إثبات الحقوق والمستحقات إثباتاً مباشراً، حيث يمكن أن نعد تحت هذا النوع تلك الحقوق "التي لا يظهر فيها حادث مباشر تضاف إليه، فيكون إيجابها من التدابير الشرعية التي يتدخل فيها الشرع مباشرة لتحقيق مصالح يقدرها، ونظم حيوية أو اجتماعية يحميها... فإنها تضاف إلى الشرع بهذا الاعتبار وإن كانت الحقيقة تستند إلى أسباب (حوادث) قائمة... لأن الشرع لا يتدخل ويفرض بلا سبب"[3].

ويمكن معرفة المستحقات الثابتة بالشرع من خلال الأوامر والنواهي التي يوجهها الشارع الحكيم إلى المكلفين، مع مراعاة تنوع أساليب النصوص في الدلالة على هذا الأمر، فهي ليست على سنن واحد، بل هي متنوعة ومتعددة، ويمكنني ملاحظة

---

(١) انظر في هذا التقسيم: المرجعان السابقان. السنهوري، مصادر الحق، ج١ص٣٢-٥٢. أبو سنه، النظريات العامة، ص٧٨-٩١.

(٢) راجع مثلاً: الرازي، المحصول، ج١ص٨٨. التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج١ص٢٦.

(٣) الزرقا، المدخل، ج٣ص٨٧.

ثلاثة أساليب في هذا المجال:

١ - أن يذكر النص الصيغةَ الدالةَ على ثبوت الحق، وفعلَ المكلف الذي تعلق به الخطاب الشرعي[1]، و المستحقَ الذي يتعلق به ذلك الفعل، وهنا لا يحتاج الناظر في النص إلى أكثر من تمييز هذه الأمور من بعضها ليصل إلى معرفة المستحق.

مثال ذلك: قوله تعالى: ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ [البقرة: ٤٣] فصيغة "أقيموا" هنا دالة على وجوب الفعل ، والإقامة المأمور بها هي نوع الفعل المطلوب من المكلف القيام به، أما الصلاة فهي المستحَق الذي يجب على المكلف أداؤه لله تعالى (صاحب الحق).

٢- أن يذكر النص الشرعي الصيغة الدالة على ثبوت الحق ويسندها مباشرة إلى المستحق، دون ذكر لفعل المكلف الذي تعلق به الخطاب الشرعي، فهنا لا بدّ للناظر أن يجتهد في تقدير الفعل الأنسب للسياق.

مثال ذلك: قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣]، فصيغة "حرمت" دالة على وجوب الكف، ونوع الفعل الذي طلب من المكلف الكف عنه غير مذكور، لكن السياق يدل على أنه الاستمتاع[2]، أما "أمهاتكم" فهي المستحق الذي تعلق به هذا الفعل سلباً.

٣- أن يذكر النص الشرعي الصيغة الدالة على ثبوت الحق، وفعل المكلف الذي تعلق به الخطاب، دون أن يذكر المستحق الذي تعلق به ذلك الفعل، فيلزم الناظر في النص أن يقدِّر المستحق من دلالة السياق أو من قرائن خارجية.

مثال ذلك: قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ﴾ [البقرة: ١٧٨] ، فصيغة "كتب" هنا دالة على ثبوت حق القصاص دون المجاوزة إلى غيره كما قال أهل

---

(١) أفعال المكلفين هي التي يتعلق بها خطاب الشرع دائما. انظر: الغزالي، المستصفى، ص٤٥.

(٢) انظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج٢ص١٩٠.

التفسير[1]، والفعل الذي تعلق به الخطاب هو القصاص، أما المستحق محل القصاص وهو بدن الجاني فغير مذكور، وإنما يفهم من السياق.

فرع: أمثلة على الحقوق الثابتة بأدلة الشرع، مرتبة حسب نوع المستحق.

١- من الأمثلة على الحقوق التي محلها الأشخاص: الولاية على السفيه الوارد ذكرها في قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

٢- من الأمثلة على الحقوق التي محلها الأعيان: حق الوارث في تركة مورِّثه، الوارد ذكره في كثير من الآيات منها قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

٣- من الأمثلة الواردة على الحقوق التي محلها الدّيون: حق المطلقة في مِتعة الطلاق- عند من يرى وجوبها من الفقهاء- وهي الوارد ذكرها في قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾﴾ [البقرة: ٢٤١].

٤- من الأمثلة على الحقوق التي محلها الأعمال: حق الله تعالى في صوم شهر رمضان، الوارد ذكره في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٣].

(١) انظر: الطبري، جامع البيان، ج٢ص١٠٢.

المطلب الثاني: العقـــد

العقد في اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين أحدهما عام، و الآخر خاص، أما المعنى العام: فهو ذلك المعنى الذي يشمل كلّ التصرفات الشرعية القولية، سواء تلك التي تتم بالإيجاب فقط كاليمين والنذر والطلاق، أو تلك التي تتم بالإيجاب والقبول كالبيع والإجارة والوكالة(١). وأما المعنى الخاص فهو ذلك المعنى الذي يراد به التصرف القولي الصادر من طرفين متقابلين متوافقين(٢).

والمقصود بالعقد هنا هو المعنى الخاص الدال على أن العقد ما كان صادراً من طرفين لا طرف واحد، لأن طبيعة هذه التصرفات وأحكامها تختلف عن طبيعة وأحكام التصرفات المتوقفة على إرادة واحدة، وإن كان لفظ العقد ينطبق لغة على كلّ

---

(١) والنصوص عن فقهاء السلف في الدلالة على إرادة هذا المعنى بالعقد كثيرة منها: ما جاء عن الإمام الشافعي (أحكام القرآن، ج٢ص٦٦) في تفسير قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة:١] "...فظاهره عام في كلّ عقد، ويشبه أن يكون الله تبارك وتعالى أراد أن يوفوا بكل عقد.. وكل عقدِ نذرٍ"، وما جاء عن الإمام أحمد (انظر: ابن تيمية، قاعدة العقود –المنشورة بعنوان نظرية العقد- بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت ص٩٥) أنه قال: "العقود هي العهود كلها"، وما قاله الزركشي (المنثور، ج٢ص٣٩٧): "العقد ضربان: ضرب ينفرد به الشخص، وضرب لا بد فيه من متعاقدين".

(٢) ومن النصوص الدالة على ذلك: ما قاله الجرجاني (التعريفات، ص١٩٦): "العقد: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً"(٢)، وما قاله القونوي (أنيس الفقهاء، ص٢٠٣): "الانعقاد عبارة عن انضمام أحد كلام العاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً"، وما جاء في مجلة الأحكام العدلية / م ١٠٣/ "العقد التزام المتعاقدين وعقدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول". و التعريف السابق للجرجاني (ت ٨٦١هـ) يدل على أصالة هذا التوجه في تعريف العقد في الفقه الإسلامي، خلافاً لمن زعم أن هذا التوجه تأثر بتعريف القانونيين.

منهما، لذا فإن الأولى إفراد كلٍ منهما بمصطلح خاص به يميزه عن غيره، ليكون التصنيف أوضح وأوفى بالمقصود.

ويقسِّم الفقهاء العقود إلى عدَّة تقسيمات باعتبارات مختلفة، فتارة يقسمونها باعتبار الجواز واللزوم، وتارة باعتبار التسمية وعدمها، وأخرى باعتبار وصفها الشرعي من صحة أو فساد أو بطلان[1].

ومن الفقهاء المحدثين من حاول أن يقسم الأنواع المختلفة من العقود المسماة في الفقه الإسلامي إلى مجموعات متمايزة، لتسهيل تناولها ودراستها، وفيما يلي ذكر لبعض هذه التقسيمات:

يرى الشيخ أحمد ابراهيم[2] أن العقود بمعناها العام، تقسم إلى ست مجموعات هي:

المجموعة الأولى: التمليكات بنوعيها: المعاوضات والتبرعات، أما النوع الأول فيدخل فيه: البيع بأنواعه من مطلق ومقايضة وصرف وسلم، والاستصناع، والصلح عن إقرار، وقسمة الأعيان، والتخارج، والهبة بشرط العوض، وبيع الدين بالدين، والإيجار والمؤاجرة، والجعالة، والسباق والرمي، والمهايأة، والزواج، والخلع. وأما النوع الثاني من التمليكات وهو التبرعات فيدخل فيه: الهبة، والصدقة، والوصية، والإعارة، والقرض، والكفالة، وحوالة الدين المطلقة، والمحاباة في عقود المعاوضات، والوقف والإبراء من جهة كونهما تمليكاً، والعُمرى والرُّقبى، والتحليل والإباحة، والصلح عن إنكار.

---

(١) انظر: الزرقا، المدخل، ج١ص٣١٣-٣١٦. القره داغي، علي محيي الدين، مبدأ الرضا في العقود (بيروت: دار البشائر، ط١، ١٩٨٥م) ج١ص١٤٨.

(٢) انظر إبراهيم، أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي (القاهرة: دار الأنصار، د. ط، ١٩٤٤) ص٤٨-٥١.

المجموعة الثانية: **الإسقاطات بنوعيها**: المحض وما فيه معنى التبرع، أما الإسقاطات المحضة فتشمل: الطلاق، والعتق، وتسليم (إسقاط) الشفعة، وإسقاط كلّ حق يجوز إسقاطه بلا مقابل. وأما الإسقاطات التي فيها معنى التبرع فهي: الإبراء من الدين، والوقف على قولٍ.

المجموعة الثالثة: **الإطلاقات**، وهي تشمل: الوكالة، والإذن للصبي المميز ومن في حكمه بالتجارة، والولاية على النفس، والولاية على المال، والولاية على كلّ منهما، والإمامة العظمى وأنواع الولاية العامة.

المجموعة الرابعة: **شركات العقود**، وهي: المضاربة، والمزارعة، والمساقاة، وكل شركة تتضمن الوكالة.

المجموعة الخامسة: **عقود الاستيثاق**، وهي: الكفالة والرهن والضمان.

المجموعة السادسة: **عقود الاستحفاظ**، وهي: الوديعة والحراسة.

يرى الأستاذ مصطفى الزرقا[1] أن عقود المعاملات المالية تنقسم إلى ست مجموعات هي:

المجموعة الأولى: **العقود الواردة على ملكية العين**، وتشمل: البيع بأنواعه، الهبة، القرض، الشركة، المضاربة، المزارعة، المساقاة.

المجموعة الثانية: **العقود الواردة على منافع الأشياء**، وتشمل: إجارة الأشياء والحيوان، والإعارة.

المجموعة الثالثة: **العقود الواردة على العمل**، وتشمل: عقد العمل أو الخدمة، والوكالة، والإيداع.

(١) انظر: الزرقا، مصطفى أحمد، العقود المسماة في الفقه الإسلامي - عقد البيع (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٢٠هـ) ص١٠-١٢.

المجموعة الرابعة: عقود المصالحة، وتشمل: الصلح، و المخارجة.

المجموعة الخامسة: العقود الاحتمالية وهي: العمرى، والرقبى، والموالاة وعقد التأمين.

المجموعة السادسة: عقود التوثيق، وتشمل: الكفالة، والرهن.

ويرى أن الحوالة والإقالة لا يدخلان ضمن العقود المالية المسماة، فالحوالة نقل للدين أو الحق، في حين أن الإقالة رفع لعقد سابق، والموضع المناسب لبحث كلّ منها هو المباحث العامة للالتزام والعقد.

يرى الأستاذ محمد زكي عبد البر[1] أن العقود بالمعنى الخاص تقسم إلى ثلاث مجموعات هي:

المجموعة الأولى: العقود الواقعة في دائرة الأحوال الشخصية، وهي: النكاح، وولاء الموالاة، والتخارج.

المجموعة الثانية: العقود الخاصة بتحرير الرقيق، وهي: المكاتبة، والتدبير، والعتق على جعل.

المجموعة الثالثة: عقود المعاملات المالية، وهي تشتمل على سبعة أنواع هي: النوع الأول: العقود الواردة على ملكية العين، سواء كان فيها بدل: كالبيع وفروعه، والاستصناع، أو لم يكن مثل: الهبة و العمرى والرقبى. النوع الثاني: العقود الواردة على منافع الأشياء، وهي: إجارة الأشياء والحيوان، والعارية، والقرض.النوع الثالث: العقود الواردة على العمل مادياً كان أو قانونياً، وهي: عقد إجارة الإنسان، والوكالة، والوديعة،

---

(١) انظر: عبد البرّ، محمد زكي، التصرفات والوقائع الشرعية (الكويت: دار القلم، ط١، ١٤٠٢هـ) ص٩٢-٩٤.

والشركة، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة. النوع الرابع: العقود الواردة على التوثيق، وتشمل: الكفالة، والحوالة، والرهن. النوع الخامس: عقد المصالحة. النوع السادس: عقد القسمة. النوع السابع: العقود الاحتمالية، وهي: الرهان والسباق.

نقد هذه التقسيمات:

أ- هذه التقسيمات وإن كانت وافية بمقصودها -في الغالب- إلا أنها ليست وافية بمقصودي في هذا البحث، لأن الأول منها قد انطلق من المعنى العام للعقد وهذا أعم من المراد، أما الثاني فقد اقتصر على العقود المالية فقط، فهو أخص من المراد، في حين أن الثالث لم يتعرض لجملة من العقود مثل: عقد الإمامة العظمى، وعقود الولايات العامة، وعقد التحكيم، وعقد الذمة، وغير ذلك.

ب- إن هذه التقسيمات لم تلتزم اعتباراً معيناً في التقسيم، حيث يُرى أن بعض العقود قد صُنِّفت باعتبار المقصود منها فقيل: العقود الواردة على ملكية الأعيان، والبعض الآخر صنف باعتبار المحل فقيل العقود الواردة على المنافع، وكل ذلك في تقسيم واحد.

ج- إن هذه التقسيمات لم تراع خلاف المذاهب الفقهية في تكييف بعض العقود، وإنما التزمت بالمذهب الحنفي[1].

---

(١) فعلى سبيل المثال: اعتبر التقسيم الثالث الحوالة من قبيل عقود الاستيثاق بناء على ما يراه الحنفية (انظر: المرغيناني، الهداية، ج٣ص٩٩) من أن الحوالة في معنى الكفالة (ضمان الدين)، في حين يرى الجمهور (انظر: الدردير، الشرح الكبير،ج٣ص٣٢٨. النووي، الروضة، ج٤ص٢٣١. ابن قدامة، المغني، ج٤ص٣٩٣) أن الحوالة في معنى الإبراء، فلا يجوز للمحال أن يرجع على المحيل بحال من الأحوال خلافاً للحنفية.

التقسيم المختار:

بناء على ما تقدم أرى أن التقسيم الأمثل للعقود في هذا المقام هو ذلك الذي: يراعي المفهوم الخاص للعقد، ويشمل جميع التصرفات التي تتم بالإيجاب والقبول مالية كانت أو غير مالية، وله مستند واحد تقسَّم العقود باعتباره، وتراعى فيه الخلافات المذهبية في تكييف العقود بقدر الإمكان.

وقد رأيت أن خير معتبر في تقسيم العقود هو المحل[1] الذي ترد عليه، وهذا الاعتبار يحقق القدر الأكبر من الشروط السابقة[2]، كما و يبرز أنواع المستحقات الثابتة بهذه العقود مما يحقق مقصود البحث بطريقة مثلى.

وبناء على ما تقدم فإنني أرى أن العقود تنقسم إلى ثلاث مجموعات رئيسية هي:

المجموعة الأولى: العقود الواردة على الأموال (الحقيقية و الحكمية)، وهي تشتمل على ثلاث فئات:

الفئة الأولى: العقود الواردة على الأعيان، وهي تشتمل على أربعة أصناف:

الصنف الأول: العقود الواردة على الأعيان تمليكاً، وتتضمن: البيع بأنواعه -عدا السلم- والقرض، والهبة، والاستصناع[3].

---

(١) وصف العلامة السنهوري تصنيف العقود بناءً على المحل بأنه "خير معيار للتقسيم" مصادر الحق، ج١ ص٦١. لكنه لم يوضح نتيجة هذا التقسيم ولا تفصيلاته.

(٢) والمحل الذي سيعتبره التقسيم هنا، هو المحل الأظهر في العقد، لأن العقد الواحد قد يرد على محلين مختلفين نوعاً، ففي إجارة الإنسان مثلاً ترى أن محل العقد هو عمل العامل كما هو الأجرة، لكن العمل هو الأظهر من حيث القصد إليه بهذا العقد.

(٣) على رأي جمهور الحنفية. انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٢ص١٣٩. وقال بعضهم: إن المعقود عليه هو مبيع في الذمة شرط فيه العمل. انظر: الكاساني، البدائع، ج٥ ص٢.

الصنف الثاني: العقود الواردة على الأعيان انتفاعا، وتتضمن: إجارة الأشياء التي لا عمل لها، والإعارة.

الصنف الثالث: العقود الواردة على الأعيان توثيقاً، وتتضمن عقداً واحداً وهو الرهن.

الصنف الرابع: العقود الواردة على الأعيان عملاً، وتتضمن: المزارعة، والمساقاة، والوديعة، وشركة العنان، وشركة المفاوضة، والمضاربة.

الفئة الثانية: العقود الواردة على الديون، وتتضمن: السلم[1]، الضمان[2].

الفئة الثالثة: العقود التي تقبل الورود على النوعين (الأعيان، والديون)، وتتضمن: الصلح، والمخارجة، والقسمة (بما فيها المهايأة)، والإقالة، والوصية لمعين، والوقف على معين.

المجموعة الثانية: العقود الواردة على الأعمال، وهي تشتمل على فئتين:

الفئة الأولى: العقود الواردة على الأعمال العامة، وتتضمن: الإمامة العظمى، وولاية القضاء، والوظائف العامة بأنواعها.

الفئة الثانية: العقود الواردة على الأعمال الخاصة، وتتضمن: إجارة الإنسان وكل

---

(١) ويدخل فيه الاستصناع عند جمهور الفقهاء. انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ص٥٣٩. الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب (بيروت: دار الفكر، د. ط، د. ت) ج١ص٢٩٧. المرداوي، الإنصاف، ج٤ص٣٠٠.

(٢) أي ضمان الدين على اصطلاح الشافعية والحنابلة، و يقابله عندهم الكفالة التي موضوعها الأبدان، أما الحنفية فيسمون كلا النوعين كفالة، والمالكية يسمونهما ضماناً، وما اصطلح عليه الشافعية والحنابلة أوضح مراداً.

ما له عمل، والوكالة، والتحكيم، وشركة الوجوه، وشركة الأبدان.

المجموعة الثالثة: العقود الواردة على الأشخاص، وهي تشتمل على فئتين:

الفئة الأولى: العقود الواردة على بدن الإنسان، وهي تتضمن: العقود الخاصة بتحرير الرقيق، وعقد الكفالة.

الفئة الثانية: العقود الواردة على وصف من أوصاف الشخصية، وتتضمن: الزواج، الخلع، ولاء الموالاة، العقد مع أهل الذمة، والاستئمان.

- بعد استعراض هذه التقسيمات المختلفة للعقود يمكن الخروج بالنتاج التالية:

١- إن تقسيم العقود باعتبار المستحق فيها، يمكن عده أكثر التقسيمات الفقهية لهذه العقود وضوحاً وانضباطاً، وهذه أهمية أخرى تظهر من البحث في موضوع المستحقات بجوانبه المختلفة.

٢- إن إبراز عنصر المستحق -من خلال التقسيم الذي وصلت إليه- يظهر إحدى اللبنات الأساسية التي ستبنى عليها موضوعات أخرى من هذه النظرية، ومن أهم هذه الموضوعات كيفية التحديد التي سيخصص لها الفصل الأول من الباب الرابع من هذه الرسالة.

المطلب الثالث: التصرف الانفرادي[1]

مصطلح "التصرف الانفرادي" من المصطلحات المستحدثة في الفقه الإسلامي، إذ لم يستخدم فقهاء السلف هذا المصطلح في كتاباتهم، وإن كانوا قد عرفوا مدلوله وبحثوه ضمن العقد بمفهومه العام كما سبق بيانه، وهم يميزون بين التصرف الانفرادي والعقد بمعناه الخاص إما بقولهم العقد الذي يتم بالإيجاب وحده، أو بتسميته اسماً خاصاً يعرف من أحكامه أنه يتم بإرادة واحدة.

وقد كان من مميزات هذه النظرة اجتناب الإشكالات المتعلقة بتكييف بعض التصرفات من حيث كونها تتم بإيجاب وقبول أم بإيجاب فقط، كما مكنهم ذلك من إيراد الأقوال والآراء المختلفة في تكييف بعض التصرفات بدلاً من الجزم بتصنيفها تحت هذا النوع أو ذاك.

أما إفراد هذا النوع من التصرفات ليبحث في باب واحد فهو منهج جديد في البحث الفقهي يسعى إلى جمع شتات المتفرقات وبيان أوجه الشبه بينها بقصد تحقيق فوائد عديدة أشرت إلى بعضها فيما سبق.

---

(١) لم يتفق الباحثون المعاصرون على مصطلح واحد للتعبير عن هذا النوع من التصرفات فبعضهم أطلق عليه "الإرادة المنفردة" انظر: السنهوري، الحق، ج١ ص٣٣. إبراهيم، الالتزامات، ص٣٦. الزرقا، المدخل، ج٣ص٨٦. وبعضهم "الالتزام الذي يتم بالإيجاب" انظر: أبو سنه، النظريات العامة، ص٧٦. وبعضهم "المشيئة المنفردة" انظر: المحمصاني، الموجبات والعقود، ص٢٦١. والبعض الآخر "الرضا المنفرد" انظر: القره داغي، مبدأ الرضا، ج٢ص١٠٢٣. أما مصطلح "التصرف الانفرادي" فقد استخدمه د. محمد زكي عبد البرّ، انظر: التصرفات والوقائع، ص٢٤، و استخدمه أيضاً القانون المدني الأردني، م ٢٥١، والقانون المدني الإماراتي، م ٢٧٧، وكلاهما مستمد من الشريعة الإسلامية، وفي رأيي أنه أفضل هذه المصطلحات من حيث دلالته على حقيقة ما يصدق عليه وأنه تصرف إيجابي لا مجرد إرادة أو مشيئة كامنة، ومن حيث شموله لجميع أنواعه التي لا ينحصر أثرها في الالتزام فقط.

أولاً: تعريف التصرف الانفرادي وتحديد نطاقه:

جاءت في تعريف هذا المصطلح عبارات عدة، أهمها:

١- عرفه الأستاذ أبو سنه بأنه: "التصرف الذي يتم من شخص واحد بعبارة واحدة"(١).

٢- عرفه الشيخ أحمد إبراهيم بأنه: "الالتزام الأكيد والإرادة المصممة على فعل شيء أو تركه"(٢).

٣- عرفه د.وحيد الدين سوار بأنه: "كلّ تعبير عن الإرادة يتم وينتج أثره بإرادة صاحبه وحدها"(٣).

٤- عرفه الدكتور محيي الدين القره داغي بأنه: "القصد الذي يستطيع وحده إحداث الأثر الشرعي دون الحاجة إلى أن ينضم إليه قصد آخر حقيقة أو حكماً أو اعتباراً"(٤).

وهذه التعريفات في حقيقتها تمثل اتجاهين رئيسيين في تحديد نطاق التصرف الإنفرادي، وما يدخل في مسماه:

التوجه الأول: وهو الذي يتمثل في التعريف الأول والثاني، يرى أن كلّ أثر شرعي يتم بإرادة واحدة يصلح أن يعد سببه (التصرف الذي أوجده) ضمن دائرة التصرف

---

(١) أبو سنه، النظريات العامة، ص٧٩.

(٢) إبراهيم، الالتزامات، ص٤٢.

(٣) سوار، محمد وحيد الدين، الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية بدولة الإمارات (العين: جامعة الإمارات، د. ط، ١٤٠٩هـ) ص٣٠.

(٤) القره داغي، مبدأ الرضا، ج٢ص١٠٢٩.

الإنفرادي، بقطع النظر عما إذا كان بحاجة إلى إرادة أخرى تؤكد هذه الآثار أو تبني عليها، فالضابط هو كون التصرف قادراً على إنشاء أثرٍ ما.

التوجه الثاني: وهو الذي يتمثل في التعريفين الآخرين، يرى أن الأثر التام من جميع الوجوه هو الذي يصلح أن يعد سببه (التصرف الذي أوجده) ضمن دائرة التصرف الانفرادي [١]، فالضابط هو كون التصرف قادراً على إنشاء أثر تام لا تؤثر عليه إرادة شخص آخر.

وثمرة الخلاف بين التوجهين تظهر في عدّ بعض التصرفات ضمن دائرة التصرف الانفرادي، وهذه التصرفات هي: الإقرار والشهادة، حيث يرى بعض أصحاب التوجه الأول[٢] أنها تدخل في التصرف الانفرادي، خلافاً للتوجه الثاني. والإيجاب، والقبول، و رد الإيجاب، و الرجوع عن القبول، حيث يعدها أصحاب التوجه الأول تصرفات انفرادية خلافاً للتوجه الثاني[٣]. و الجعالة: يرى التوجه الثاني أنها لا تدخل ضمن التصرف الانفرادي بناء على أن آثارها لا تترتب إلا بإتمام العامل عمله[٤]. والتصرفات التي ترتد بالرد مثل الوصية على معين، والهبة، والقرض، والوكالة، عند من يرى ذلك من الفقهاء[٥]. و العقد: حيث يرى بعض أصحاب التوجه الأول[٦] أنه في الحقيقة ثمرة للتصرف الانفرادي، على اعتبار أن الأصل فيه عبارة عن تصرفين انفراديين.

---

(١) من أنصار هذا التوجه أيضاً د. صبحي المحمصاني، الموجبات والعقود، ص٢٦٢.

(٢) انظر: عبد البرّ، التصرفات والوقائع، ص٢٤.

(٣) انظر: المرجع السابق، السنهوري، مصادر الحق، ج١ص٣٤.

(٤) انظر: القره داغي، مبدأ الرضا، ج٢ص١٠٣١ هامش.

(٥) انظر تفصيل الأقوال في المرجع السابق.

(٦) انظر: السنهوري، مصادر الحق، ج١ص٣٤.

وفي رأي الباحث أن أولى التوجهات بالاعتبار: ما بني على التوسط بين التوجهين السابقين، فالتوجه الأول قد توسع جداً في عد التصرفات الانفرادية بناءً على الضابط الذي ارتضاه، في حين أن التوجه الثاني قد ضيق المجال بصورة كبيرة، والتوسط الذي أقول به يقوم على النظر إلى تكييف الآثار الناشئة عن التصرف، وإلى مدى تأثر هذا التكييف بإرادة وتصرف الغير، وبناء على ذلك يمكن التمييز بين أربعة أنواع من التصرفات:

الأول: هو ذلك التصرف الذي يحدث بنفسه أثراً شرعياً معتبراً، ولكن إذا انضم إليه تصرف آخر موافق، أو انضم هو إلى تصرف سابق موافق له، تغير التكييف الشرعي لمجموعهما واختلفت آثارهما بالكلية، وانقطع النظر إلى واحد منها دون الآخر في ترتيب الأحكام الشرعية.

وهذا النوع من التصرفات لا يصلح -في رأيي- أن يعد ضمن التصرف الانفرادي، بل يعد ضمن الباب الذي يناسبه من حيث ما آل إليه تكييفه، و مثال ذلك: الإيجاب، والقبول، والإقرار، والشهادة، حيث إن ارتباط الإيجاب بالقبول يكون العقد، وحيث إن ارتباط اعتبار القاضي بالإقرار أو الشهادة يثبت الواقعة القضائية.

الثاني: هو ذلك التصرف الذي يحدث بنفسه أثراً شرعياً معتبراً، ولا يتغير تكييفه الشرعي إذا انضم إليه تصرف موافق، وإن ترتبت بعض الآثار الشرعية الجديدة على هذا الانضمام.

وهذا النوع من التصرفات يصلح -في رأيي- أن يعد ضمن التصرف الانفرادي، لأن التصرف الثاني إما منعدم الأثر أو ضعيف بحيث لم يتغير التكييف الشرعي للتصرف الأول وبقي هو عمدة النظر في ترتب الأحكام الشرعية، وبناء على هذا فالجعالة تصرف انفرادي، وإن كانت لا تلزم عند من يقول بصحتها إلا بتمام العمل، لأن تكييفها الشرعي

لم يختلف قبل العمل أو بعده، وهي في هذا التصوير تشبه تصوير الفقهاء للهبة فقد اتفقوا على أنها عقد، وقال بعضهم: إنها لا تلزم إلا بالقبض ومع ذلك لم يبتكروا لها مسمى خاصاً يميزها عن سائر العقود نظراً لهذا الوصف الزائد فيها.

الثالث: التصرف الذي يحدث بنفسه أثراً شرعياً معتبراً عند انضمامه إلى تصرف شرعي سابق على سبيل الموافقة، لكن الآثار الشرعية المتحصلة لا تبنى على هذا التصرف، وإنما على التصرف الأول.

وهذا النوع من التصرفات لا يصح أن يعد ضمن التصرف الانفرادي لأن التكييف الشرعي للمعاملة يبنى على التصرف الأول لا على التصرف الثاني، فالثاني في حقيقته مكمل للأول ومتمم له، ومثال ذلك: إجازة العقد الموقوف، وقبول الوصية أو الوقف العام.

الرابع: هو ذلك التصرف الذي يحدث بنفسه أثراً شرعياً معتبراً، ولكن بانضمامه إلى تصرف آخر على سبيل المعارضة، لا على سبيل الموافقة، كرد الإيجاب، ورد الوصية.

وهذا أيضاً يصلح أن يعد ضمن التصرف الانفرادي، وإن كانت صورته تقوم على تصرفين، و السبب في ذلك أن هذين التصرفين متعارضان، فلا يمكن القول بأن الأثر الشرعي المتحصل قد بني على اجتماعهما، وإنما السبيل في ذلك القول بأن التصرف -الإيجاب مثلاً- أحدث أثراً شرعياً مؤقتاً أنهاه الرد الذي أحدث أثراً شرعياً دائماً، فكان الأثر المتحصل حقيقة نتيجة مباشرة للرد لا للإيجاب.

ثانياً: أقسام التصرف الانفرادي:

جرت عدة محاولات من الفقهاء المحدثين[1] لتصنيف التصرفات الانفرادية،

---

(١) من أمثال: د.محمد زكي عبد البر، والشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم. انظر: عبد البرّ، التصرفات والوقائع، ص٥٤-٦٢.

ولكنها في الغالب لم تسلم من الانتقادات، علاوة على أنها لا تتناسب مع الضابط الذي ارتضاه الباحث في تحديد نطاق التصرفات الانفرادية.

ولذا رأى الباحث أن يضع تقسيماً يتناسب مع الضابط الذي ذكرته من جهة، ويتناسب مع موضوع الرسالة من جهة أخرى، بحيث يبرز عنصر المستحق في هذه التصرفات، ويمهد لما يلي من موضوعات النظرية. وهو يقوم على تقسيمها إلى مجموعتين:

المجموعة الأولى: تصرفات انفرادية لا تؤثر في المستحق تأثيراً مباشراً، ولكنها ترد على تصرف أو حق آخر مؤثر، وهي:

التفويض في الطلاق والزواج، وإسقاط الشفعة، واستعمال حق الخيار، وفسخ العقد غير اللازم، ورد الإيجاب، والرجوع عنه، وسائر أنواع الرد.

المجموعة الثانية: تصرفات انفرادية تؤثر في المستحق تأثيراً مباشراً، وهي ثلاث فئات:

الفئة الأولى: التصرفات الواقعة على الأعيان، وتتضمن: الوقف على غير المعين، والتملك باستخدام حق التملك[1] ، والأخذ بالشفعة.

الفئة الثانية: التصرفات الواقعة على الديون، وتتضمن نوعاً واحداً هو الإبراء.

الفئة الثالثة: التصرفات الواقعة على الأعمال، وتتضمن: الإذن بالتجارة، و الجعالة، الإيلاء.

---

(١) من صور هذا النوع: تملك أحد الشريكين في الدين المشترك حصته فيما يقبضه الآخر من هذا الدين، فإذا كان له ربع الدين مثلاً تملك بإرادته المنفردة ربع ما قبضه صاحبه من الدين، فيرجع عليه بذلك دون أن يكون للقابض حق المعارضة. انظر: الخفيف، التصرف الانفرادي، ص٢٢٠. نقلاً عن المرجع السابق ص ٥٠.

الفئة الرابعة: التصرفات التي تقبل الورود على أكثر من نوع مما سبق، وتتضمن: الوصية لغير المعين، والنذر، واليمين على ما في المستقبل، والالتزام[1]، والوعد.

الفئة الخامسة: التصرفات التي تقع على الشخص، وتتضمن: الطلاق، والرجعة، والظهار، والإعتاق، والإيصاء، والتدبير.

المطلب الرابع: الفعل النافع[2]

يمكن تعريف الفعل النافع بأنه: فعل يصدر من شخصٍ فينشئ له ملكاً، أو يفتقر به من حيث يستغني غيره دون سبب مبرر[3]. وهذا الفعل يأتي على أربعة أنواع هي:

النوع الأول: وضع اليد على الأموال المباحة[4]:

وهي الأموال التي لم يسبق لأحد أن تملكها، ووضع اليد عليها ينشئ حق الملكية

(١) الالتزام مصطلح يستخدم في الفقه المالكي ويقصد به: "إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء" وعلى هذا يدخل فيه : الصدقة، والهبة، والحبس، والعاريّة، و العمرى، و العارية، و المنحة، والإرفاق، والإخدام، والإسكان، والنذر. انظر: الحطاب، محمد بن محمد، تحرير الكلام في مسائل الالتزام (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٠٤هـ) ص٦٨ وما بعدها.

(٢) عبر بعض الباحثين المحدثين عن هذا المصدر بالفعل المشروع، لكن التعبير بالفعل النافع أدق لوجود بعض الأفعال غير المشروعة التي تدخل ضمن هذا الباب ولذا فقد اخترته في هذه الرسالة. انظر: أبو سنه، النظريات العامة، ص٨٠-٨٤. الزرقا، المدخل، ج٣ص٨٦.

(٣) هذا التعريف مستمد من كلام الأستاذ الزرقا في تعريف الفعل النافع في باب مصادر الالتزام. انظر: الزرقا، المدخل، ج٣ص٩١.

(٤) انظر: الخفيف، الملكية، ص٢٦٥. العبادي، عبد السلام داود، الملكية في الشريعة الإسلامية: طبيعتها ووظيفتها وقيودها (عمان: مكتبة الأقصى، ط١، ١٣٩٣هـ) ج١ص٢٦٩.

لواضع اليـد على ما أحرزه منها، فيكون ما وقع تحت يده منها هو المستحق الثابت له بموجب هذا الفعل.

ومن صور وضع اليد: إحياء الموات، والاصطياد، والاحتطاب، واستخدام الشخص للآلات التي تهيئ السبل لأن توضع اليد على مباح[1].

النوع الثاني: الفضالة الفعلية:

وهي: "أن يأتي إنسان بعمل ضروري لغيره، بغير إذنه وبغير ولاية عليه، أو يقوم بعمل لنفسه فيضطر من أجل إتمامه أن يقوم بعمل نافع لغيره"[2].

و الفضالة من حيث المبدأ مقرَّة -بشروط- في الفقه الإسلامي كمصدر من مصادر الالتزام مع أن "الظاهر فيه أن الأصل أن الفضولي متبرع، صدوراً عن الأخوة الإسلامية التي تدعو إلى البر والمعروف، إلا أنه حيث لا توجد نية التبرع، فإن الفضالة تصبح مصدراً للالتزام، وهي تصير كذلك إذا أذن القاضي للفضولي بالقيام بشأن للغير، أو قضت به ضرورة أو عرف، وعندئذ تقوم روابط قانونية بين الفضولي وربّ العمل"[3]، وهذه الروابط تنظمها مجموعة من القواعد والمبادئ التي حاول الفقهاء المعاصرون جمعها وتنظيمها في صعيد واحد يشتمل على عدة أنواع[4] هي:

أ- أن يقوم الفضولي بعمل ضروري مستنداً إلى إذن القاضي، وذلك حين يتسع المجال لمثل هذا الإذن، لمصلحة يقررها القاضي تعود على الآخر، كما في الإنفاق على

---

(١) مثل حفر حفرة ليقع فيها الصيد. انظر: الخفيف، الملكية، ص٢٦٩.

(٢) أبو سنة، النظريات العامة، ص٨٠.

(٣) لجنة القانون المدني الأردني، المذكرة الإيضاحيه للقانون المدني الأردني (عمان: نقابة المحـامين، د. ط، د. ت) ج١ص٣٤١.

(٤) انظر: المرجعين السابقين.

اللقطة في بعض صوره[1].

ب- أن يأتي الفضولي بعمل ضروري للغير بغير إذنه، والتقييد هنا بالضروري احترازٌ عن التبرع المحض، وأما التقيد بعدم الإذن فهو احترازٌ عن الوكالة. ومثاله: الإنفاق على الصغير الذي غاب وليه ولم يترك له ما ينفق منه عليه، إذا قصد المنفق الرجوع على الولي لا مجرد التبرع.

ج- أن يأتي الفضولي بعمل ضروري لمصلحته هو، لكنه يضطر من أجل إتمامه لأن يقوم بعمل نافع لمصلحة غيره دون إذنه، بسبب ما بين العملين من ارتباط لازم. مثاله: إذا انهدم الجدار المشترك بين جارين، وامتنع أحدهما عن المساهمة في بنائه، فإن للجار الآخر أن يتكفل ببنائه، وله حق الرجوع على جاره الممتنع بحصته من النفقات.

والفرق بين النوعين الثاني والثالث والنوع الأول هو عدم إمكان أخذ الإذن فيهما، أما الفرق بين النوعين الأخيرين فهو أن الضرورة في الثالث راجعة إلى الفضولي لا إلى الغير، لكنه اضطر إلى القيام بفعل لصالح الغير بسبب ما بين الفعلين من تلازم.

النوع الثالث: دفع غير المستحق ، وهو على ثلاثة أقسام[2]:

أ- أن يكون الدفع قد تم بناء على جهل أو نسيان، كمن ظن أن عليه واجباً من دين أو عمل لشخص ما فأداه إليه، ثم تبين أنه لم يكن ثمة واجب أصلاً، فإن له حقاً في أن يعود على القابض بالمثل أو القيمة[3].

ب- أن يكون الدفع قد تم بغير وجه شرعي صحيح، كمن دفع رشوة إلى حاكم أو

---

(١) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٢ص١٧٦.

(٢) انظر: أبو سنه، النظريات العامة، ص٨٠. المذكرة الإيضاحيه ج١ص٣٤١. الناهي، صلاح، محاضرات عن القانون المدني العراقي (القاهرة: معهد الدراسات العربية العالية، د. ط، ١٩٥٩) ص٦٥-٧٧.

(٣) انظر: مرشد الحيران، م ٢٠٧.

مسؤول، فإن له أن يستردها قضاء[1].

ج- أن يكون الدفع قد تم لغرض مشروع، لكن الغرض لم يتحقق، وهذا يشمل جميع أحوال البطلان والفسخ في العقود، فمن دفع مالاً بقصد إتمام معاملة ما ثم فسخت لسببٍ أو لآخر فإن له أن يسترد ما دفع.

النوع الرابع: الإثراء بلا سبب[2]:

هذا النوع من أنواع الفعل النافع قد اختلف الباحثون المعاصرون[3] - أمثال الأستاذ السنهوري والأستاذ الناهي - في مدى اعتراف الفقه الإسلامي به كمصدر عام لثبوت الحق الشخصي (الالتزام)، لكنهم في الجملة يتفقون على بعض الحالات التي يمكن إدراجها فيه مثل:

أ- حالة من يضطر إلى قضاء التزام عن الغير بقصد دفع ضرر عن نفسه. مثاله: من أعار غيره عيناً من الأعيان ليرهنها الآخر بدينه، ثم أراد مالك العين أن يسترد عاريته، فاضطر من أجل ذلك إلى سداد دين المستعير، و افتكاك العين من الرهن، فله بعد ذلك أن يرجع عليه ولا يعتبر متبرعاً.

ب- حالة اختلاط ملكين بغير إرادة صاحبيهما اختلاطاً لا يمكن فكاكه إلا بإتلاف أحدهما، فإن مالك الأكثر قيمة يملك الاثنين، ويرجع على مالك الأقل، ما لم

---

(١) انظر: البغدادي، غانم بن محمد، مجمع الضمانات (بيروت: عالم الكتب، د.ط، ١٩٨٧م) ص٤٥٨.

(٢) لم يعثر الباحث على تعريف دقيق لدى الباحثين المعاصرين لهذا المصطلح، والذي يظهر من كلامهم أن المقصود به هو تلك الحالات التي ينتفع بها أحد الأشخاص مالياً على حساب، غيره دون قيام سبب شرعي لمثل هذا الانتفاع.

(٣) قارن: السنهوري، الحق، ص٤٦ والناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي، ص١٣ وما بعدها.

يتفقا على خلاف ذلك. مثاله ما جاء في مجلة الأحكام[1]: " لو خرج ملك أحد من يده بلا قصد، مثلاً لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته، يتبع الأقل في القيمة الأكثر، يعني صاحب الأرض التي قيمتها أكثر يضمن لصاحب الأقل ويتملك تلك الأرض، مثلاً لو كان قبل الانهدام قيمة الروضة الفوقانية خمسمائة وقيمة التحتانية ألفاً يضمن صاحب الثانية لصاحب الأولى قيمتها ويتملكها".

- إذا تأملنا الأنواع الأربعة السابقة للفعل النافع من أجل استخلاص نوع المستحق الثابت في كلّ منهما فإننا نخلص بالنتائج التالية:

النوع الأول وهو وضع اليد على الأموال المباحة يعد سبباً لثبوت مستحقٍّ عيني وهو العين التي تم إحرازها.

النوع الثاني (الفضالة العملية) يعد سبباً لثبوت دين في ذمة المنتفع، فالمستحق هنا هو عبارة عن دين.

النوع الثالث (دفع غير المستحق) والنوع الرابع (الإثراء بلا سبب)، يصلحان لإثبات مستحق عيني، كما يصلحان لإثبات مستحق في الذمة، ففي حالة دفع غير المستحق إذا كان المدفوع عيناً وكانت قائمةً في يد المدفوع له، فإن العين تكون مستحقة لصاحبها، أما إذا كان المدفوع ديناً أو عيناً فهلكت فإن المستحق يكون ديناً في ذمة القابض[2]، ومثل هذا في الإثراء بلا سبب، ففي حالة اختلاط ملكين يكون لصاحب الملك الأكثر حق في تملك الملك (العين) الأقل قيمة فالمستحق عبارة عن عين، أما صاحب الملك الأقل فله القيمة ثابتة في ذمة الآخر، فالمستحق عبارة عن دين[3].

---

(١) جمعية المجلة، المجلة، ص١٧٤.

(٢) انظر المرجعين السابقين.

(٣) انظر المرجعين السابقين.

المطلب الخامس: التعدي على حق الغير[1]

أولاً: تعريفه:

"هو التصرف الذي يخل بحق الغير"[2]. وهذا التعريف كما هو ظاهر لا يخرج عن المعنى اللغوي للتعدي، وهو الظلم والمجاوزة[3].

ومن المصطلحات القريبة من هذا المصطلح، مصطلح «الفعل الضار»، وقد جاء في تعريفه: "كلّ فعل حسي ترتب عليه ضرر، سواء أكان ترتب عليه بطريق المباشرة، أو ترتب عليه بطريق التسبب"[4]، والظاهر من هذا التعريف أنه قائم على الضرر، وقد جاء في تعريف الضرر: "كلّ أذى يلحق الغير بسبب الاعتداء على حق من حقوقه"[5]، وهذا التعريف فيه نوع قصور إذ لا يتصور إلا عند التعدي على حق العبد أو الحق المشترك، أما حق الله تعالى فلا يقال: إن الاعتداء عليه يسبب ضرراً لصاحبه، وإن كان الضرر المترتب على بعض صوره أشد كونه يرجع إلى مجموع الأمة لا إلى آحادها.

---

(١) هذا المصطلح استخدمه أ. أبو سنه في النظريات العامة ص٨٤. في حين استخدم غيره مصطلحات أخرى مثل: الفعل الضار، المسؤولية، الفعل غير المشروع، وهذه المصطلحات أخص من هذا المصطلح، لأنها تستخدم للدلالة على أحد مصادر الالتزام (الحق الشخصي) لا على مصادر الحق ككل.

(٢) أبو سنه، النظريات العامة، ص٨٤.

(٣) انظر، ابن منظور، لسان العرب، مادة: عدا.

(٤) الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، د. ط، ١٩٧١) ج١ص٤٠.

(٥) سلام ورفاقه، الوسيط، ج٣ص١٣٢٠.

ثانياً: أقسام "التعدي على حق الغير":

يمكن تقسيمه إلى أقسام ثلاثة باعتبار الحق الذي اعتُدي عليه[1]، وهي:

القسم الأول: التعدي على حق الله تعالى:

هذا النوع من التعدي يكون بإتيان فعل نهى الله تعالى عن إتيانه، أو بالامتناع عن فعل أوجب الله تعالى فعله، مما يوجب المساءلة أمام الله تعالى في الدنيا قبل الآخرة، أما الجزاء الأخروي فأمره متروك إلى الله تعالى، وأما الجزاء الدنيوي فهو محل بحثنا هنا من حيث بيان أنوع المستحقات الثابتة فيه، وهي:

أ- الحد: وهو شرعاً "عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى"[2]، وهذا يجب في مجموعة خاصة من الأفعال غير المشروعة وهي: الردة، السرقة، والزنا، وشرب الخمر، والحرابة، والبغي[3]، وهذه الأفعال تشترك في أمرين هما[4]:

١- أن الاعتداء فيها واقع على حق الله تعالى الخالص، وهو الذي أمر الناس بالمحافظة عليه حماية للفضيلة وتنظيماً للمجتمع.

٢- أن العقوبة المترتبة عليه مقدرة من قبل الشارع، فليس لولي الأمر ولا لطبيعة الفعل أثر في تقديرها، لأن الأذى فيها قد لحق بالمجتمع والفضيلة، وتقدير ذلك لا يعرف إلا من جهة الشرع.

---

(١) انظر: السنهوري، مصادر الحق، ص٣٧-٤٥.

(٢) القونوي، أنيس الفقهاء، ص١٧٣.

(٣) لم أذكر حد القذف هنا لأنه من قبيل الاعتداء على الحق المشترك، كما سيأتي بيانه قريباً.

(٤) انظر: أبو زهرة، محمد، العقوبة (القاهرة: دار الفكر العربي، د. ط، د. ت) ص٦٦.

ب- **التعزير**: وهو شرعاً "التأديب دون الحد على معصية لا حد فيها"[1]، وهو في باب التعدي على حقوق الله تعالى قد يكون عقوبة أصلية، وقد يكون عقوبة بدلية، كما يمكن أن يكون عقوبة إضافية[2]، والأمر فيها على جميع الأحوال مردود إلى الإمام.

ج- **الكفارة**: وهي شرعاً ما يستر الذنب ويذهبه[3]، أو "ما وجب على الجاني جبراً لما منه وقع، وزجراً عن مثله"[4]، فهي تمتاز عما سبق من العقوبات بأن المقصود الأصلي منها أن يفعل المعتدي من القُرَب ما يكفِّر ذنباً سابقاً، أو يجبر ثواباً فائتاً، ومن هنا كانت إلى العبادات أقرب.

والكفارات تجب في مجموعة خاصة من الأفعال التي فيها اعتداء على حق الله تعالى وهي: الإفطار في رمضان، والحنث في اليمين والنذر في بعض الصور، والقتل، والظهار، وسائر الأسباب الموجبة للدماء في الحج.

د- **القضاء**: وهو شرعاً "إيقاع العبادة بعد خروج وقتها -الذي عينه الشرع لمصلحة فيه- استدراكاً لما سبق لفعله مقتضٍ مطلقاً"[5]، أو "اسم لتسليم مثل الواجب بالأمر"[6].

فالقضاء يشرع عند عدم إتيان المكلف بالعبادة المؤقتة في وقتها المطلوب شرعاً،

---

(١) النووي، يحيى بن شرف، تحرير التنبيه (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٠٨هـ) ص٣٢٨. المناوي، التوقيف، ج١ص١٨٦.

(٢) راجع: عودة، التشريع الجنائي، ج١ص٦٨٥.

(٣) النووي، التحرير، ص١٢٥.

(٤) المناوي، التعاريف، ص٦٠٦.

(٥) المحلي، محمد بن أحمد، شرح جمع الجوامع (القاهرة: مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٣٥٦هـ) ج١ص١١٠-١١١.

(٦) البزدوي، كشف الأسرار، ج١ص٣٠٤-٣٠٥.

وهذا التفويت في حدّ ذاته يعتبر تعدياً على حق الله تعالى يستوجب القضاء المبرئ للذمة[1].

القسم الثاني: التعدي على حق العبد.

هذا النوع من التعدي يكون بإتلاف مال الغير أو بتفويت مصلحة مالية معتبرة عنه، واعتبار المال في اصطلاح الفقهاء حقاً خالصاً للعبد لا يعني خلوّه من حق الله تعالى في أكثر الصور، لأن حفظ المال وعدم الاعتداء على أموال الآخرين مطلوب من جهة الشرع أيضاً، يقول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَـٰنِ وَإِيتَآئِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿٩٠﴾﴾ [النحل: ٩٠].

لكن الذي يثبت على المعتدي في الحياة الدنيا هو محل البحث هنا، انسجاماً مع طبيعة البحث كما لا يخفى، وفيما يلي بيان لأنواع المستحقات التي تثبت بهذا الاعتداء مع بيان حالات ثبوتها:

أ- **التعزير**: وهو -كما سبق بيانه- عقوبة فيما لا حدّ فيه ولا قصاص، فلولي الأمر أن يعاقب المعتدي على أموال الناس بالغصب أو الإتلاف، بعقوبة يقدرها حماية للصالح العام.

ب- **الضمان**: وهو شرعاً "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل"[2]، أو "شغل الذمة بحق أو تعويض عن ضرر"[3].

---

(١) راجع: القضاة، نوح علي، قضاء العبادات والنيابة فيها (عمان: مكتبة الرسالة الحديثة، ط١، ١٤٠٣هـ).

(٢) الخفيف، الضمان، ج١ ص٥.

(٣) فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام (الكويت: مكتبة التراث الإسلامي، ط١، ١٤٠٣هـ) ص١٤.

والضمان في الفقه الإسلامي له صور عديدة وتفرعات كثيرة، لكن الذي يعنينا هنا هو ذلك الضمان الناشئ عن التعدي على مال أو حق مالي، أما الضمان الناشئ عن التعدي على النفس وما دونها فسيأتي بيانه قريباً[1].

والضمان الناشئ عن التعدي على مال الغير له عدة صور هي[2]:

١-**ضمان العقد**: وهو "تعويض مفسدة مالية مقترنة بعقد"[3]، وله صورتان: الأولى: هلاك المعقود عليه قبل الاستيفاء، والثانية: عدم تنفيذ شرط لازم في العقد.

٢-**ضمان اليد**: وهو "تعويض تلف المال المحوز بائتمان أو بغير ائتمان"[4]، والفقهاء يقسمون اليد إلى قسمين رئيسيين هما:

يد الأمانة: وهي اليد التي لا تضمن ما تحتها من مال إلا إذا اعتدت هي عليه،أو قصرت في حفظه، ومثالها: يد الشريك على مال الشركة.

يد الضمان: وهي اليد التي تضمن ما تحتها من مال في جميع الأحوال، حتى لو هلك بآفة سماوية، وهي على نوعين: يد ضمان مشروعة، أي أن وضعها على المال قد تم بناء على ولاية شرعية صحيحة، ومثالها: يد البائع على المبيع قبل تسليمه، أما النوع الثاني فهو: يد ضمان عادية، وهي التي حازت المال بلا إذن من الشارع ولا رضا من المالك، كيد الغاصب، ويد السارق.

٣- **ضمان الإتلاف**: الإتلاف شرعاً هو "إخراج الشيء عن أن يكون منتفعاً به

---

(١) انظر القسم الثالث من هذا المطلب ص ١٦٠ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المرجعان السابقان. الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان (دمشق: دار الفكر، د. ط، ١٤٠٢هـ) ص٦٣-٨٧. المذكرة الأيضاحية للقانون المدني الأردني، ج١ ص٢٧١.

(٣) فيض الله، نظرية الضمان، ص٦٦.

(٤) المرجع السابق.

منفعة مطلوبة منه عادة"[1]، وعليه فإن ضمان إتلاف المال هو "أن يأتي شخص فعلاً يلحق الضرر بمال الآخر، فيجب عليه قيمة ما أتلف أو مثله"[2].

ويختلف هذا النوع عن النوعين السابقين بكونه لم يستند إلى سبب آخر من عقد أو وضع يد، إذ الضرر فيه واقع مباشرة أو بالتسبب من الفاعل على مال الغير.

القسم الثالث: التعدي على الحقوق المشتركة:

التعدي على الحقوق المشتركة له ثلاث صور على سبيل الحصر، وهي:

أ- **القذف**: وهو شرعاً "الرمي بالزنا في معرض التعيير"[3]، وهذا يوجب عند توفر شروط شرعية معينة على القاذف حداً مقداره ثمانون جلدة، قال الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً ﴾ [النور: ٤]، وهو يختلف عن بقية الحدود بأن إقامته مرهونة بطلب المقذوف وهذا باتفاق الفقهاء[4]، وبأنه يسقط بالعفو عند من يقول بأن حق العبد فيه أغلب من حق الله تعالى وهم الشافعية والحنابلة[5].

ب- **الاعتداء على النفس (القتل)**: وهذا يوجب على المعتدي أحد أمرين: الدية وهي هنا: مقدار معين من المال يجب بالجناية على النفس[6]، أو القصاص وهو:

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧ص١٦٤.

(٢) المذكرة الإيضاحيه بتصرف، ج١ص٢٧٣.

(٣) انظر: النووي، التحرير، ص٣٢٥. الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ص١٥٥.

(٤) انظر: ابن عابدين، الحاشية، ج٤ص٤٨. الدردير، الشرح الصغير،ج٤ص٤٦٧. الشيرازي، المهذب، ج٢ص٢٧٤. ابن قدامة، المغني، ج٩ص٨٥.

(٥) انظر: الشيرازي، المهذب، ج٢ص٢٧٤. ابن قدامة، المغني، ج٩ص٨٥.

(٦) انظر: الجرجاني، التعريفات، ص١٤٢. ابن الهمام، فتح القدير، ج٢ص٢٠٤-٢٠٥.

المماثلة، أي أن يفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه[1].

هذا بالإضافة إلى الكفارة في بعض الصور أو كلها بحسب اختلاف المذاهب، كما سبق بيانه.

ج- **الاعتداء على ما دون النفس (الجراحات)**، وهذا يوجب على المعتدي أحد ثلاثة أمور: القصاص. أو الأرش وهو هنا: مقدارٌ من المال معين شرعاً يجب في أنواع معينة من الجناية على ما دون النفس[2]. أو حكومة العدل وهي: مقدار من المال يجب في الجناية على ما دون النفس، يترك تقديره للقاضي بناء على قول أهل الخبرة العدول[3].

- **خلاصة القول** هنا أن التعدي على حق الغير يعتبر سبباً شرعياً يثبت به أحد النوعين التاليين من المستحقات أو كليهما، وهذان النوعان هما:

أولاً: عقوبة تثبت على المعتدي، وهي إما أن تكون محضةً محلها بدن المعتدي وشخصه، أو فيها معنى العبادة مثل الكفارات، والقصد من العقوبة هو الردع والزجر والتأديب.

ثانياً: غرامة مالية تثبت للمعتدى عليه، وهي إما أن تكون على صورة إرجاع الأمور إلى ما كانت عليه قبل وقوع الاعتداء، أو على صورة تعويض مالي يجبر الخلل الذي لحق بالمتضرر وذلك عند عدم إمكان إرجاع الأمور إلى سابق عهدها.

وإذا أردت توزيع هذه المستحقات على أنواعها فإنها لا تخرج عن الأنواع الأربعة للمستحقات، فهي في حقيقتها كالتالي:

---

(١) انظر: النووي، التحرير، ص١٩٣. الجرجاني، التعريفات، ص٢٥٥.

(٢) انظر: الجرجاني، التعريفات، ص٣١. القونوي، أنيس الفقهاء، ص٢٩٨.

(٣) انظر: لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج٤ص٤٥.

١ - **أعيان**: وهي المستحق في حالات السرقة والغصب مع قيام العين المسروقة أو المغصوبة.

٢- **ديون**: وهي المستحق في ضمان المتلفات، ودية النفس، وأرش الجراحات وخصال الكفارة المالية.

٣- **أعمال**: وهي المستحقة في قضاء العبادات وبعض خصال الكفارات.

٤- **أشخاص**: إذ البدن هو محل إقامة الحدود والقصاص والتعزير غير المالي.

المبحث الثاني: أسباب ثبوت المستحقات باعتبار جنسها

تمهيد:

التقسيم الخماسي الذي قدمته في المبحث السابق هو التقسيم الأكثر شيوعاً عند الحديث عن مصادر الحق الشخصي (الالتزام) سواء في الفقه الإسلامي المعاصر أو في القانون، إلا أن الباحثين المعاصرين -كما يقول الأستاذ السنهوري[1]- قد وجدوا أن هذا التقسيم يحتوي على عيبين رئيسيين هما:

١- أنه يحجب وحدة التصرف الشرعي، إذ إنه يفرق بين العقد والتصرف الانفرادي في مصادر الالتزام، ثم ينكر على العقد أن يكون بذاته سبباً لنقل الملكية، فيقصره على أن ينشئ التزاماً بنقلها، وبذلك لا يعدو العقد أن يكون مصدراً للالتزام.

٢- أنه يحجب وحدة الواقعة الشرعية، فالوقائع الشرعية منتثرة بين مصادر الالتزام، ومصادر الحق العيني على تبويب من شأنه أن يمزق هذه الوحدة، فمن يستعرض في مصادر الالتزام العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والشرع بما يجثم وراءه من وقائع شرعية، ثم يستعرض في مصادر الحق العيني، الاستيلاء، والميراث، والالتصاق، والشفعة، والحيازة، لا يستطيع إلا أن يدرك أن هذه المصادر جميعاً إنما هي مصدر واحد مردّه الواقعة الشرعية.

ومن هنا بدأ البحث في ردّ تلك الأنواع الخمسة من مصادر الحق إلى جنسها المشترك من أجل تجنب هذه العيوب وغيرها، فكان التقسيم إلى مصدرين هما: التصرف الشرعي، والواقعة الشرعية[2].

---

(١) انظر: السنهوري، مصادر الحق، ج١ص٥٣.

(٢) انظر: المرجع السابق. الزرقا، المدخل، ج٣ص٨٨-٩٣. عبد البرّ، التصرفات والوقائع الشرعية.

وهذا التقسيم في حقيقته يسري على مصادر الحق في الفقه الإسلامي وفي القانون أيضاً[1]، بل إن الفقه الإسلامي - بترتيبه المعروف - أكثر مطاوعة للأسباب التالية[2]:

١- أنه لا يفصل فصلاً حاداً بين العقد والتصرف الانفرادي كما يفعل القانون، فقد سبق وأن رأينا أن بعض الفقهاء قد عدُّوا التصرف الانفرادي نوعاً من العقد، وهذا من شأنه أن ييسر ردّ هذين النوعين إلى جنسهما القريب وهو التصرف الشرعي.

٢- أنه لم يبوب الوقائع الشرعية تبويباً يعزل بعضها عن بعض كما فعلت القوانين، مما يسهل مهمة إعادة تبويب هذه الوقائع لتكون جنساً مستقلاً، وخاصة مع عدم وجود تبويب معارض.

٣-إن هذا التقسيم له جذوره في الفقه الإسلامي، فالفقهاء في كثير من مباحثهم يميزون بين التصرفات القولية والتصرفات الفعلية، كما يميزون بين ضمان العقد وضمان الفعل.

ومن وجهة نظر الباحث فإن هذه التقسيم الجديد لمصادر الحق باعتبار جنسها دليل على تطور النظريات الفقهية بما يخدم الهدف الأساسي منها، وهو الإبانة عن الأفكار التشريعية العامة في الفقه الإسلامي، وهو تقسيم منضبط يمكن اعتماده بصورة أوسع عند البحث في نظرية الحق في الفقه الإسلامي.

أما فيصل التفرقة بين الواقعة الشرعية والتصرف الشرعي، فينبغي أن يكون -كما هو في القانون- قائماً على[3] "التمييز بين الفعل أو العمل المادي وبين الإرادة المحضة،

---

(١) انظر: كيره، المدخل إلى القانون، ج٢ص٨٤٩ وما بعدها.

(٢) انظر: السنهوري، مصادر الحق، ج٣ص٥٣.

(٣) هذا التوجه هو الذي ارتضاه الأستاذ السنهوري (انظر: المرجع السابق) و د. صبحي محمصاني (انظر: الموجبات والعقود، ص٣). وهو الذي اختاره الباحث لدقته ووضوحه.

فحيث يتولد الحق أو يترتب الأثر -بوجه عام- من مجرد وجود فعل أو عمل مادي، بصرف النظر عما إذا كان وجوده طبيعياً أو اختيارياً، وعما إذا كانت آثاره الشرعية -لو كان اختيارياً- مقصودةً أو غير مقصودةٍ، نكون أمام واقعة شرعية، أما حيث يترتب الأثر أو يتولد من مجرد وجود إرادةٍ تتجه إلى هذا الترتيب أو التوليد فنحن أمام تصرف"[1].

مما سبق يمكن القول: إن التصرف الشرعي والواقعة الشرعية يشتركان في كونهما أسباباً لثبوت أنواع الحقوق والالتزامات المختلفة، وإن الآثار التي تترتب على كل منهما إنما هي من ترتيب الشارع. ويختلفان في كون التصرف الشرعي ينبني على إرادة المتصرف، فحيث عدمت الإرادة عدمت الآثار الشرعية، ولذا لا يتصور التصرف الشرعي من غير الإنسان المكلف، في حين أن الواقعة الشرعية تنبني على مجرد الحصول، فحيث تمت الواقعة حصلت الآثار الشرعية، و لا دور للإرادة فيها إلا بصورة ثانوية كما سيأتي بيانه، ولذا فإن الواقعة الشرعية قد تنسب إلى الإنسان وفعله وقد تنسب إلى غيره مما لا أهلية له.

المطلب الأول: التصرف الشرعي

أولاً: تعريفه:

هو "إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر شرعي معين يرتبه الشرع"[2]، وهذا التعريف يدل بوضوح على أن جوهر التصرف الشرعي هو الإرادة التي تقصد إحداث مجموعة من الآثار الشرعية، غير أن هذه الإرادة ليست هي التي ترتب آثار

---

(١) كيرة، المدخل إلى القانون، ص٨٥٢-٨٥٣ بتصرف.

(٢) السنهوري، مصادر الحق، ج١ ص٥٤.

التصرف، وإنما هي مجرد علة ومصدر مباشر لها، وأما الترتيب فهو من قبل الشرع.

ثانياً: أقسامه:

يمكن تقسيم التصرف الشرعي إلى قسمين رئيسيين هما: الأول: التصرف الشرعي المزدوج، وهو العقد الذي سبق بيانه. الثاني: التصرف الشرعي الانفرادي، وهذا قد سبق بيانه أيضاً.

ثالثاً: أمثلة على أثره في إنشاء الحقوق والمستحقات المختلفة[1]:

١- في باب حقوق الله تعالى يعد اليمين والنذر من التصرفات التي توجب حقاً لله تعالى.

٢- في باب الحقوق الشخصية المالية يعد العقد بأنواعه والإرادة المنفردة بأنواعها من أسباب ثبوت الحق الشخصي المالي.

٣- في باب الحقوق الشخصية غير المالية: يعتبر الزواج والطلاق والرجعة من التصرفات الشرعية في إثبات حقوق الزوجية وهي حقوق شخصية غير مالية.

٤- في باب الحقوق العينية المالية: يعتبر العقد والوصية من قبيل أسباب الملك، ويعتبر الإذن والعقد والوصية من أسباب ثبوت حقوق الارتفاق، كما يعتبر العقد من أسباب اكتساب الحقوق العينية التبعية.

٥- في باب الحقوق العينية غير المالية: يعتبر الإيصاء من التصرفات المنشئة لحق الولاية وهي حق عيني غير مالي.

---

(١) انظر: المرجع السابق، الزرقا، المدخل، ج٣ص٩١-٩٤.

المطلب الثاني: الواقعة الشرعية

أولاً: تعريفها:

مع أن كثيراً من الباحثين قد تعرضوا للبحث في الواقعة الشرعية، إلا أنني لم أجد من وضع لها تعريفاً اصطلاحياً شرعياً[1]، وأرى أن تعريفها يكون كالتالي "هي حادثة يرتب الشرع عليها أثراً بمجرد حصولها".

وهذا التعريف يدل على أن جوهر الواقعة القانونية هو مجرد حصولها، فيكون مجرد الحصول هو السبب في ترتب الآثار الشرعية، وبمعنى آخر فإن الإرادة هنا لا يلتفت إليها كعلة في إحداث الأثر، لأن وجودها وعدمها سواء في أصل إيجاد وترتيب هذه الآثار.

وقول الباحث: "في أصل إيجاد وترتيب هذه الآثار" قيدٌ، لأن وجود الإرادة قد يغير في نوع الآثار المترتبة على النوع الواحد من الوقائع الشرعية، دون أن يكون عدمها سبباً في ارتفاع جميع الآثار، ومثال ذلك: القتل العمد، فآثاره تختلف عن آثار القتل الخطأ، لكنه يعتبر واقعةً شرعيةً لا تصرفاً لأنه لا يوجد في الشرع قتل ليس له آثار.

ثانياً: أقسامها:

يمكن تقسيم الواقعة الشرعية إلى قسمين رئيسيين هما:

١- وقائع شرعية سماوية:

وهي تلك التي لا مدخل للإنسان في إيجادها، ولا تنسب إليه من حيث الجملة،

---

(١) ذكر د. محمصاني في الموجبات والعقود، ص١٦٥ أن "التصرفات الفعلية هي: الأعمال المحرمة أو الاعتداء على حقوق الناس." لكن هذا ليس بتعريفٍ كما هو ظاهر، علاوة على أنه غير دقيق كما سيتبين في هذا المطلب.

كالموت والمرض، والتغـيرات الطبيعية التي يسميهـا الفقهاء "الآفة السمـاوية"، أو"الجائحة"[1].

٢- **وقائع شرعية بشرية:**

وهي تلك الوقائع التي تنسب إلى الإنسان وفعله، وهي أعماله المادية نافعة كانت أو ضارة.

ثالثاً: أمثلة على آثارها في إنشاء الحقوق والمستحقات المختلفة[2]:

١- **في باب حقوق الله تعالى**: يمكن اعتبار مغيب الشمس وطلوعها وزوالها...الخ وقائع شرعية تترتب عليها الصلاة، كما أن دخول شهر رمضان سبب لوجوب الصيام، ومثل هذا في الشرع كثير.

٢- **في باب الحقوق الشخصية المالية**: يمكن اعتبار الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق و الفضالة العملية والتعدي على مال الغير وقائع شرعية يترتب عليها الحق الشخصي المالي.

٣- **في باب الحقوق الشخصية غير المالية**: يمكن اعتبار الأبوة واقعة شرعية ترتب مجموعة حقوق الوالد على ولده.

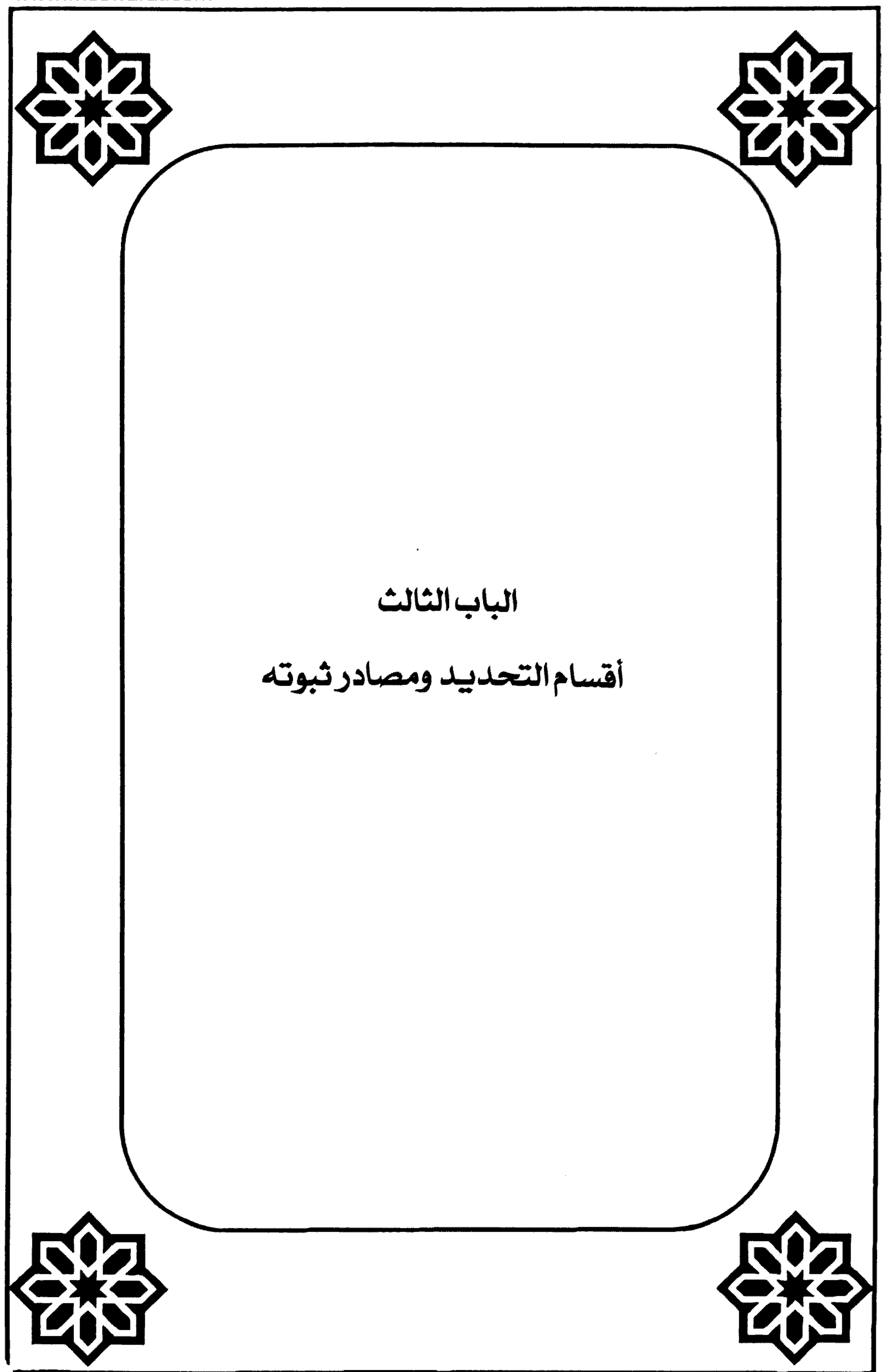
٤- **في باب الحقوق العينية المالية**: يعد إحراز المباحات ووضع اليد عليها مثالاً واضحا للواقعة المنشئة للحق العيني.

٥- **في باب الحقوق العينية المالية**: يعد الموت من أسباب ثبوت حق الولاية -وهي حق عيني غير مالي- بانتقالها من المتوفى إلى الولي الأقرب.

---

(١) انظر: ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع (بيروت: المكتب الإسلامي، د.ط، ١٤٠٠هـ) ج٤ص١٧٠. النووي، الروضة، ج٢ص٢٥٢. السرخسي، المبسوط، ج٢٣ص١٠٤.

(٢) انظر: السنهوري، مصادر الحق، ج٣ص٥٤. الزرقا، المدخل، ج٣ص٩١-٩٤.



الباب الثالث

أقسام التحديد ومصادر ثبوته

الباب الثالث

أقسام التحديد ومصادر ثبوته

تمهيد :

تحديد المستحقات -على ما سبق بيانه- هو: بيانٌ يتميز به الأمر الذي صح شرعاً أن ترد عليه سلطة ممنوحة من الشرع على وجه الاختصاص.

وقبل الشروع في مباحث هذا الباب أود التنبيه إلى الفرق بين "تحديد المستحقات" هذا، وبين مصطلح يدور على ألسنة بعض الفقهاء المحدثين، وهو مصطلح "تقييد الحق"[1] أو ما في معناه، وهو الذي قد يطلق على عمومه إظهاراً لارتباطه بجميع أنواع الحق، وقد يضاف إلى حق بعينه كحق الملكية مثلاً.

حقيقة هذا المصطلح تختلف عن المقصود بمصطلح "تحديد المستحق"، وإن كانت تلتقي معه في بعض النتائج، فوجه الاختلاف يظهر من أن " التحديد" عبارة عن علامات وضوابط تنصب على المستحق الذي هو محل السلطة الممنوحة بموجب الحق، في حين أن التقييد عبارة عن ضوابط تقع على السلطة ذاتها، وهي التي منحت بموجب هذا الحق[2]، لذا كان الأول واقعاً على المورِد، والثاني واقعاً على الوارد.

أما نقطة الالتقاء بينهما فتتمثل في الوظيفة التشريعية العامة لكل منهما، فتحديد المستحق وتقييد الحق كلاهما مانع من اختلاط الحقوق بعضها ببعض عند مزاولة

---

(١) انظر على سبيل المثال: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده. البعلي: ضوابط الملكية. العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية: طبيعتها ووظيفتها وقيودها، ج٢.

(٢) انظر: الدريني، نظرية التعسف، ص٤٥-٤٩.

المكلفين لها استيفاءً وأداءً، لذا كانت مجاوزة المكلف لحدود المستحق أو لقيود الحق، تُعد مخالفة تستوجب آثاراً شرعيةً عديدةً.

أما الباب الذي بين أيدينا فهو مخصص للبحث في قضيتين من قضايا نظرية تحديد المستحقات، وهما: أقسام التحديد، وما يدخل تحتها من أنواع مختلفة من التحديد، ومصادر ثبوت التحديد بأنواعها المتعددة، ولكل من هاتين القضيتين فصل خاص به في هذا الباب.

الفصل الأول

أقســـام التحـــديد

التحديد الواقع على المستحقات لا يجري على سنن واحد، بل بعضه يختلف عن بعض في كثير من الاعتبارات، مما يستدعي تقسيمه بحسب زاوية النظر إليه، وبحسب الفرق الذي يراد إظهاره بين أقسامه المختلفة.

وفي هذا الفصل أذكر مجموعة من التقسيمات موزعة إلى فئتين: الأولى تشتمل على التقسيمات الرئيسية ذات الأثر الفقهي المتميز، والثانية في التقسيمات التي دونها في ذلك، ولكل فئة منهما مبحث خاص به.

المبحث الأول: التقسيمات الرئيسية

في هذا المبحث بيان لأربعة تقسيمات، أتناول كلّ تقسيم منها في مطلب:

المطلب الأول: تقسيم التحديد باعتبار وظيفته

أولاً: منشأ هذا التقسيم:

هذا التقسيم منشؤه التمييز بين نوعين من النظر في الأدلة الشرعية عموماً، وفي الأدلة التي يثبت به التحديد خصوصاً، وهذان النوعان هما: النظر التشريعي، والنظر التنزيلي[1].

ويمكن تعريف النوع الأول بأنه ذلك النظر الذي "يهدف إلى تحصيل صورة المراد

---

(١) راجع هنا: الدريني، فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٤هـ) ج١ص٣٠، ١٣٣، ١٤٢. النجار، عبد المجيد، في فقه التدين فهماً وتنزيلاً (الدوحة: رئاسة المحاكم الشرعية، ط٢، ١٤١٠هـ) ج١، ج٢.

الإلهي في الأوامر والنواهي التي تتعلق بأجناس الأفعال المجردة"[1]، أي أنه يتحرى معرفة ما دل عليه الدليل من قواعد تشريعية عامة غير منحصرة في واقعة بعينها.

كما يمكن تعريف النوع الثاني- التنـزيلي- بأنه ذلك النظر الذي "يهدف إلى جعل ذلك المراد الإلهي الذي حصلت صورته في الذهن قيّماً (أي حَكَماً) على أفعال الناس الواقعة، بحيث تصبح جارية على مقتضاه في الأمر والنهي"[2]، فهو يتحرى معرفة حكم الله تعالى في واقعةٍ بعينها، بناءً على ما استقر في ذهن الناظر "الفقيه" من قواعد تشريعية مستفادة من الأدلة.

يقول الإمام الشاطبي في هذا الشأن: "كلّ دليلٍ شرعي مبني على مقدمتين: إحداهما راجعة إلى تحقيق مناط الحكم، والأخرى ترجع إلى نفس الحكم الشرعي، فالأولى نظرية، وأعني بالنظرية هنا ما سوى النقلية... والثانية نقلية.

وبيان ذلك ظاهر في كلّ مطلب شرعي...فإذا قلت: إن كلّ مسكر حرام، فلا يتم القضاء عليه حتى يكون بحيث يشار إلى المقصود منه ليستعمل أو لا يستعمل، لأن الشرائع إنما جاءت لتحكم على الفاعلين من جهة ما هم فاعلون، فإذا شرع المكلف في تناول خمر مثلاً، قيل له: أهذا خمر؟ أم لا؟ فلا بد من النظر في كونه خمراً أو غير خمر، وهو تحقيق المناط، فإذا وجد فيه أمارة الخمر أو حقيقتها بنظر معتبر، قال: نعم، هذا خمر. فيقال له: كلّ خمر حرام الاستعمال، فيجتنبه...

فالحاصل أن الشارع حكم على أفعال المكلفين أحكاماً مطلقة ومقيدة، وذلك مقتضى إحدى المقدمتين وهي النقلية، ولا ينزل الحكم بها إلا على ما تحقق أنه مناط

---

(١) النجار، عبد المجيد، خلافة الإنسان بين الوحي والعقل (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٠٧هـ) ص١٠٧.

(٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

ذلك الحكم على الإطلاق أو على التقييد، وهو مقتضى المقدمة النظرية"[1].

ثانياً: عرض التقسيم:

النوعان السالف بيانهما - في النقطة السابقة - من النظر يصلحان، لا بل ضروريان[2] للإعمال في سائر الأدلة الشرعية، وبالتالي فهما يصلحان للإعمال في الأدلة التي جاء فيها تحديد المستحقات، وهذا مقصود البحث هنا، وبناء عليه يمكن القول: بأن التحديد بهذا الاعتبار ينقسم إلى قسمين:

الأول :التحديد التشريعي: وهو ذلك التحديد الذي حقيقته حكم فقهي عام ينطبق على الصور المختلفة للمستحقات التي تدخل ضمن نطاقه.

الثاني: التحديد التنزيلي: وهو ذلك التحديد الذي ينشأ من تطبيق قاعدة تشريعية عامة من قواعد التحديد على مستحق ثبت دخوله ضمن هذه القاعدة.

وخير مثال يتضح به الفرق بين هذين القسمين من أقسام التحديد: ما ذكره الإمام الغزالي (ت٥٠٥ هـ) في تحديد النفقة، من "أن مناط الحكم في نفقة القريب: الكفاية، وذلك معلوم من النص (تحديد تشريعي) أمّا أن هذا الرطل كفاية لهذا الشخص أم لا؟ فيدرك بالاجتهاد والتخمين (تحديد تنزيلي) وينتظم هذا الاجتهاد بأصلين: أحدهما: أنه لا بد من الكفاية، والثاني: أن الرطل قدر الكفاية، فيلزم أنه الواجب على القريب (المنفق)، أما الأصل الأول فمعلوم بالنص والإجماع، وأما الثاني فمعلوم بالظن (أي: الظن الغالب)"[3].

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج٣ص٤٣-٤٥.

(٢) الغزالي، المستصفى، ص٢٨١.

(٣) المرجع السابق، ص٢٨١، وما بين القوسين من كلامي.

على أنني أشير هنا إلى أن هذا التقسيم في بعض صوره، يكاد يكون تقسيماً نظرياً غير متمايز في الواقع ، فيلتقي التحديد التشريعي مع التحديد التنزيلي من حيث النتيجة، وهذا يقع عندما تكون القاعدة التشريعية التي استفيدت من النص التشريعي تدل على انطباقها على جميع المستحقات التي تعلقت بها، دون تمايز أو استثناء، وهذا كما في قوله تعالى في عقوبة الزاني غير المحصن: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]. فقد دلت الآية الكريمة على أن المستحَق في عقوبة الزاني غير المحصن مائة جلدة، فكل من ثبت أنه زانٍ فقد استحق مائة جلدة، وهذا لا يختلف من واقعة إلى أخرى من حيث نوع العقوبة ومقدارها، كما هو الشأن في نفقة القريب السابق كيفية تحديدها.

أثر هذا التقسيم في الأحكام الشرعية:

١-التحديد التشريعي قد يرد تارة بحد مضبوط قاطع، كالأعداد والهيئات المخصوصة، والمكاييل والأوزان المعينة... وما شابه، وعندها لا يكون للتحديد التنزيلي تأثير في نفس الحد، وإنما وظيفته - والحالة هذه- سحب الحد على سائر المستحقات الواقعة دون تمييز، وقد يرد تارة أخرى بوصف عام، كالكفاية وسد الحاجة، وما يحقق المصلحة، وما جرى عليه العرف... وما شابه، وعندها تكون وظيفة التنزيل تحويل هذا الوصف إلى مقدار مضبوط تمكن للمكلف معرفته، ومن ثمّ الإتيان به، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتحقق فيه الوصف التشريعي الذي نص عليه الشارع، مما يستلزم مراعاة ظروف الزمان والمكان -وكل ما من شأنه أن يحمل وصفاً مؤثراً في الحكم- في كلّ واقعة بعينها عند تنزيل الحكم عليها.

٢-التحديد التشريعي يجوز لغير المجتهد التقليد فيه عند جمهور الفقهاء والأصوليين[1]، أما التحديد التنزيلي فلا يجدي التقليد فيه شيئاً "لأن التقليد إنما يتصور

---

(١) انظر: الآمدي، الإحكام، ج٤ص٢٣٤. الشيرازي، إبراهيم بن علي، اللمع في أصول الفقه (بيروت: دار الكتب العليمة، ط١، ١٤٠٥هـ) ص١٢٥. الرازي، المحصول، ج٦ص١٠٧.

بعد تحقيق مناط الحكم المقلد فيه، والمناط هنا لم يتحقق بعد، لأن كلّ صورة من صور النازلة مستأنفة في نفسها، لم يتقدم لها نظير، وإن تقدم في نفس الأمر فلم يتقدم لنا، فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد..."[1].

٣-إظهار التحديد التشريعي من عمل المجتهد دون غيره، أما التحديد التنزيلي فيتصور من "كلّ ناظر وحاكم ومفت، بل بالنسبة إلى كلّ مكلف في نفسه، فإن العامي إذا سمع في الفقه أن الزيادة الفعلية في الصلاة سهواً من غير جنس أفعال الصلاة أو من جنسها إن كانت يسيرة فمغتفرة، وإن كانت كثيرة فلا، فوقعت له في صلاته زيادة، فلا بد له من النظر فيها حتى يردها إلى أحد القسمين، ولا يكون ذلك إلا باجتهاد ونظر، فإذا تعين له قسمها تحقق له مناط الحكم فأجراه، وكذلك سائر تكليفاته"[2].

٤-التحديد التشريعي يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا، أما التنزيلي فلا يمكن أن ينقطع حتى تقوم الساعة، إذ "لو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تتنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن، لأنها مطلقات وعمومات -وما يرجع إلى ذلك- منزلات على أفعال مطلقات كذلك، والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة، فلا يكون الحكم عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق أو العام..."[3].

٥-التحديد التشريعي يثبت في الغالب بالأدلة النقلية وما يرجع إليها، وهي تلك التي لا تفتقر إلى نظر وتأمل إلا من جهة تصحيحها نقلاً[4]، أما التحديد التنزيلي ففيه مجال واسع لنظر المجتهد أو من قام مقامه من قاض ومفت، ينظر في نفس الواقعة

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج٤ص٩٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق، ج٣ص٤٥. وانظر في هذا المعنى: الغزالي، المستصفى، ص٢٨١.

المعروضة عليه باحثاً عن أوصاف ومعان استقر التشريع على أنها مرتكزٌ لما يصدر عنه من حكم أو فتوى، فما ألفاه منها أثبت له الحكم المرتبط به. وهذا يقود إلى أمرين:

الأول: ضرورة أن يكون الذي يتصدر للأحكام الشرعية سليم النظر لا من جهة التبصر بالأدلة فحسب، بل من جهة المعرفة بأمور الحياة وشؤون الناس، فإن عجز أو ضعف في باب من الأبواب -وهذا لا بد منه- استعان بالعدول من أهل الخبرة والصنعة في ذلك الباب، على ما سيأتي تفصيله.

الثاني: فهم بعض أقوال الأئمة المجتهدين التي نقلت إلينا وظاهرها التعارض والاختلاف، مع أنها في الحقيقة ليست أحكاماً تشريعية مستمدة من النص مباشرة، وإنما هي تنزيلات على مسائل ووقائع حصلت في زمانهم، فليس بالضرورة أن تكون خلافاً محققاً يبقى جارياً إلى ما شاء الله، بل تجب إعادة النظر فيها بحسب ما تغير من أحوال الناس.

ومثال ذلك: ما جاء في تحديد مقدار المتعة المذكورة في قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾ [البقرة: ٢٣٦]، فقد "قال مالك: ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها، وقد اختلف الناس في هذا، فقال ابن عمر: أدنى ما يجزئ في المتعة ثلاثون درهما[1] أو شبهها، وقال ابن عباس: أرفع المتعة خادمٌ ثمّ كسوة ثمّ نفقة، وقال عطاء: أوسطها الدرع والخمار والملحفة، وقال أبو حنيفة: ذلك أدناها، وقال ابن محيريز: على صاحب الديوان ثلاثة دنانير و على العبد المتعة، وقال الحسن: يمتع كلّ بقدره هذا بخادم، وهذا بأثواب، وهذا بنفقة..."[2].

---

(١) "الدرهم: قطعة نقد فضية ثابتة المقدار في الشريعة، ويزن ٢،٩٧ غرام من الفضة". انظر: العيطة، فقه العبادات، ص٣٦٨.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣ص٢٠١. وانظر في مذهب أبي حنيفة: السرخسي، المبسوط، ج٥ص ٨٢.

المطلب الثاني: تقسيم التحديد باعتبار وقت ثبوته

أولاً: منشأ هذا التقسيم:

هذا التقسيم منشأه النظر إلى وقت ثبوت التحديد، هل هو الوقت الذي ثبت فيه المستحق؟ أم أنه وقت آخرٌ متأخرٌ عنه؟

ثانياً: عرض التقسيم:

التحديد بهذا الاعتبار قسمان:

الأول: التحديد المقارن: وهو ذلك التحديد يثبت بنفس السبب الذي يثبت فيه المستحق مقارناً له في الزمان.

الثاني: التحديد المتأخر: وهو ذلك التحديد الذي يثبت بسبب آخر غير السبب الذي ثبت فيه المستحق متأخراً عنه في الزمان.

والقسم الأول من أقسام التحديد يدخل تحته معظم أنواع المستحقات، سواء تلك التي ثبتت بحكم الشرع مباشرة (نص) أو بسبب مباشر غيره، وأما القسم الثاني فيدخل تحته بعض المستحقات الثابتة بحكم الشرع مباشرة دون أن يبين لها الشرع مقداراً معيناً، بل جاء ثبوتها مجملاً من غير تحديد بمقدار.

ومن أمثلة القسم الأول: الصلاة والزكاة وأثمان المشتريات وقيم المتلفات، ومن أمثلة القسم الثاني: العدل والإحسان وإغاثة الملهوف والجهاد في سبيل الله تعالى.

غير أن هذا لا يعني عدم التحديد البتة، لأن قول الشارع مثلاً: ﴿وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦] ، معناه والله أعلم: "طلب رفع الحاجة في كلّ واقعة بحسبها من غير تعيين مقدار، فإذا تعينت حاجة تبين مقدار ما يحتاج إليه فيها بالنظر لا بالنص،

فإذا تعين جائع فهو مأمور بإطعامه وسد خلته، بمقتضى ذلك الإطلاق، فإن أطعمه ما لا يرفع عنه الجوع، فالطلب باقٍ عليه، ما لم يفعل ما هو كاف ورافع للحاجة التي من أجلها أمر ابتداء، والذي هو كافٍ يختلف باختلاف الساعات والحالات في ذلك المعين"[1]، وهذه هي الحكمة التي جعل من أجلها التحديد متراخياً عن سبب ثبوت المستحق، ومحتاجاً إلى سبب آخر يثبته.

والعلاقة بين هذا التقسيم والذي قبله: أن التحديد المتأخر هو صورة من صور التحديد التنزيلي وليس كله، فبعض صور التحديد التنـزيلي ترد على مستحقات حددت تحديداً مقارناً أيضاً، أما التحديد المقارن فقد يحتاج إلى تحديد تنـزيلي لضبط مقداره، وقد لا يحتاج، تبعاً للوسيلة التي استخدمت في بيان حدوده كما تقدم، فبين كل قسم وما يقابله عموم وخصوص من وجه.

أثر هذا التقسيم في الأحكام الشرعية:

-يظهر أثر هذا التقسيم في الأحكام الشرعية من خلال الفرقين التاليين بين التحديد المقارن والتحديد المتأخر:

الفرق الأول: أن المستحق الذي ورد عليه تحديد مقارن يَثبتُ ديناً في الذمة بمجرد حصول سببه، أما الذي ورد عليه تحديد متأخرٌ فليس كذلك حتى يتم تحديده، وذلك للأسباب التالية: أن طبيعة هذا المستحق من حيث اختلاف مقداره باختلاف الحال والزمان يجعل ثبوته في الذمة غير ممكن، إذ الذمة لا تشغل إلا بمستحق معلوم المقدار، إذ "التكليف بأداء ما لا يعرف له مقدار، تكليف بمتعذر الوقوع، وهو ممتنع سمعاً"[2].

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج١ص١٥٧.

(٢) المرجع السابق.

ثم إن هذا المستحق لو ترتب في الذمة "لخرج إلى ما لا يعقل، لأنه في كلّ وقت من أوقات حاجة المحتاج مكلف بسدها، فإذا مضى وقت يسع سدها بمقدار معلوم مثلاً، ثمّ لم يفعل، فترتبت في ذمته، ثمّ جاء زمان ثان وهو على حاله أو أشد، فإما أن يقال: إنه مكلف أيضاً بسدهما، أو لا.

والثاني باطل[1]؛ إذ ليس هذا الثاني بأولى من السقوط من الأول...فلا بد أن يترتب في الذمة ثانياً بمقدار ما تُسد به الحاجة في ذلك الوقت، وحينئذ يترتب في ذمته في حق واحدٍ قيمٌ كثيرة بعدد الأزمنة الماضية، وهذا غير معقول في الشرع"[2].

كما أن هذا المستحق إما أن يكون ثبوته متعيناً على مكلف أو يكون ثابتاً على سبيل الكفاية "وعلى كلّ تقدير يلزم -إذا لم يقم به أحد- أن يترتب في ذمة واحد غير متعين، وهو باطل لا يعقل، وإما في ذمم جميع الخلق مقسطاً، فكذلك؛ للجهل بمقدار ذلك القسط لكل واحد، أو غير مقسط، فيلزم فيما قيمته درهم أن يترتبَ في ذممِ مائةِ ألف رجل مائةُ ألف درهم، وهذا باطل كما تقدم" لذا كان السبيل أن يقال بعدم ترتبه في الذمة.

بالإضافة إلى ما سبق فإن القول بأن مثل هذا المستحق ثابت في الذمة ينافي المقصود من تشريعه، إذ "المقصود دفع الحاجة... وإزالة هذا العارض، لا غرم قيمة العارض، فإذا كان الحكم بشغل الذمة منافياً لسبب الوجوب، كان عبثاً غير صحيح"[3]، وهذا ما تنـزهت عنه هذه الشريعة.

---

(١) يلاحظ هنا هذا نص كلام الشاطبي كما هو ظاهر وتعليله مذكور في قوله الآتي: "إذ ليس هذا الثاني بأولى من السقوط من الأول".

(٢) المرجع السابق، ج١ص١٥٨.

(٣) المرجع السابق، ج١ص١٥٩ بتصرف يسير.

الفرق الثاني بين التحديد المقارن والتحديد المتأخر: أن المستحق الذي يرد عليه تحديد مقارن لا يتوقف ثبوته على الرضا أو حكم الحاكم أو المصالحة، لأنه محدد من قَبلُ بنفس دليل ثبوت المستحق، وإن لحق به مثل هذا فإنه يكون مظهراً له لا مثبتاً، بعكس النوع الثاني، فإن ثبوته متوقف على التحديد بأحد هذه الأمور، وذلك حتى لا يلزم شيء من اللوازم الباطلة التي سبق بيانها[1].

بالإضافة إلى ما تقدم: فإن هناك تشابه واختلاف بين التحديد اللاحق بالمستحق غير المحدد ابتداءً، وبين التعيين الذي يلحق الواجب المخير، فالأول يلحق مستحقاً غير مبين الأجزاء والمقادير فيبين مقداره ويميزه عن غيره بحيث يكون أداؤه ممكناً ومن ثمّ مسقطاً للمطالبة، في حين أن الثاني يلحق بمجموعة من المستحقات المحددة المحصورة، فيعين أحدها ليكون أداؤه مسقطاً للمطالبة أيضاً[2].

كما أن بعض المستحقات اختلف في تصنيفها، هل هي من النوع الذي تحديده يقع ابتداءً أم أنه يقع متأخراً؟ ومن ذلك نفقة الزوجة، فقد ذهب المالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] على الأظهر عندهم إلى أنها من النوع الأول، وبناء على ذلك فهي تثبت في الذمة من حين وقت وجوبها غير محتاجة إلى حكم القاضي أو التراضي، أما الحنفية فذهبوا إلى أنها من النوع الثاني، بناء على أن النفقة صلة وليست بعوض على كلّ وجه، بل هي عوض من وجه دون وجه[6].

(١) انظر: لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج١٨ص٣٣-٣٤.

(٢) انظر: البيانوني، الحكم التكليفي، ص١٣٧-١٣٨.

(٣) انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج٢ص٥١٧.

(٤) انظر: الشيرازي، المهذب، ج٢ص١٦٤.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٨ص١٦١.

(٦) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير شرح الهداية (بيروت: دار الفكر، ط٢، د.ت) ج٤ص٣٩٣.

المطلب الثالث: تقسيم التحديد باعتبار دقته

أولاً: منشأ هذا التقسيم:

يعود هذا التقسيم إلى أن التحديد -بمعناه العام- في لغة الفقهاء[1] يشتمل على معنى خاص وهو ذلك البيان الدقيق لحدود المستحق بحيث لا تغتفر المخالفة لهذه الحدود عند ورود السلطة عليه، وما ينبني على ذلك من أحكام، كما يشتمل على معنى آخر هو التقريب، والتمييز بين هذين المعنيين هو المعتبر في هذا الصنف من التقسيم.

ثانياً: عرض التقسيم:

التحديد بالاعتبار السابق بيانه قسمان:

أولاً: التحديد الدقيق: وهو ذلك التحديد الذي قام الدليل على اعتبار الحد المبين فيه بذاته، عند بناء الحكم الشرعي عليه.

ثانياً: التحديد التقريبي: وهو ذلك التحديد الذي قام الدليل على اعتبار مجمل الحد المبين فيه عند بناء الحكم الشرعي عليه.

والذي يظهر للباحث من تتبع كلام الفقهاء أن معظم التحديدات الواردة في الشرع هي من قبيل النوع الأول، أعني التحديد الدقيق، ومن ذلك تحديد العبادات المختلفة من صلاة وصيام وزكاة وحج، وكذا حقوق العباد المالية، بل إن الدقة فيها آكد وأشد لما بنيت عليه معاملات الناس من المشاحة والتنازع.

وهذه الدقة التي تلحق بهذا القسم من المستحقات سببها يعود إلى أحد أمرين أو كليهما، أما **الأمر الأول**: فهو الأسلوب الذي سلكه الشارع في إبانة الحكم وبيان

---

(١) انظر ص٥٧ وما بعدها من هذه الرسالة.

حدود المستحق فيه[1]، وأما الأمر الثاني: فهو كون التحديد قد رد إلى حكم الحاكم أو القاضي، وعندها لا بد من التزام الدقة، إذ بها تنقطع الخصومات وتفصل المنازعات.

وأما التحديد التقريبي فهو الأقل شيوعاً، ولم يثبت في الشرع إلا في مواضع معينة، فهمَ المجتهدون أن التحديد الوارد فيها غير مقصود لذاته، وإنما هو مقصود بمجمله، غير أنني لم أجد من الفقهاء من وضع ضابطاً يرجع إليه في معرفة هذا القسم وتمييزه عن القسم الأول، لذا فقد اجتهد الباحث في استخراج بعض الضوابط، فتبين لي أن التقريب يقال به في المواضع التالية:

١ - أن يكون النص التشريعي الوارد في التحديد قد استعمل وسيلة غير منضبطة في نفسها، بل هي تختلف في أفرادها اختلافاً يسيراً، ومن الأمثلة على ذلك:

أ-ما جاء عند الحنابلة في تحديد طول السترة التي يضعها المصلي بين يديه، من أنها بقدر عظم الذراع تقريباً، وعللوا القول بالتقريب بأن: "النبي ﷺ قدرها بآخرة الرحل[2]، وآخرة الرحل مختلفة في الطول والقصر، فتارة تكون ذراعاً، وتارةً أقل منه، فما قارب الذراع أجزأه الاستتار به"[3].

ب-ما جاء عند الشافعية في تفسير المثل في قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ [المائدة: ٩٥]. قال الإمام النووي: "اعلم أن المثل ليس معتبراً على التحقيق بل على التقريب، وليس معتبراً في القيمة بل في الصورة والخلقة"[4].

---

(١) انظر: السيوطي، الأشباه، ص٢٢٨.

(٢) انظر: صحيح مسلم، كتاب الصلاة، باب سترة المصلي، رقم ٤٤٩ وما بعده.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٢ص٣٧.

(٤) النووي، الروضة، ج٣ص١٥٧. وانظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج١ص٥٢٦. الطبري، جامع البيان، ج٧ص٤٧.

٢- أن يكون النص التشريعي الوارد في التحديد قد استعمل وسيلة ما من وسائل التحديد المعتبرة في بيان الكمية مثلاً، ثمّ أراد الفقهاء أن يعبروا عن هذه الكمية بوسيلة أخرى تقريباً للأفهام، فزادوا فيها شيئاً يسيراً للاحتياط، أو أنهم قالوا بالتقريب لعدم إمكان الجزم بالتحديد الدقيق في الحد الجديد، مثال ذلك:

أ-ما جاء في تحديد الماء الكثير في باب الطهارة، فالنص الوارد فيه عن النبي صلّى الله عليه وسلّم حدده بالقلتين[١] من قلال هجر[٢]، وقد قدرها الشافعية والحنابلة والمالكية بخمسمائة رطل بغدادي تقريباً لا تحديداً، والسبب في ذلك ما جاء في تقدير قلال هجر، وأنها "تسع قربتين أو قربتين وشيئاً"[٣]، "فجعل الشافعي رحمه الله الشيء نصفاً احتياطاً، وقرب الحجاز كبار، تسع كلّ قربة مائة رطل، فصار الجميع خمسمائة رطل"[٤].

---

(١) حديث القلتين "رواه الأربعة، وصححه ابن خزيمة وابن حبان وابن منده والطحاوي والحاكم، وزاد أنه على شرط البخاري ومسلم" ابن الملقن، عمر بن علي، تحفة المحتاج بتخريج أحاديث المنهاج (مكة المكرمة: دار حراء، ط١، ١٤٠٦هـ) ج١ص١٤١.

(٢) هَجَر: قرية من قرى البحرين من جزيرة العرب، وقيل: هي قرية من قرى المدينة المنورة. انظر: الحموي، ياقوت بن عبد الله، معجم البلدان (بيروت: دار الفكر، د. ط، د. ت) ج٥ص٣٩٣.
والتحديد بقلال هجر لم يثبت مرفوعاً إلا من رواية ضعيفة، لكنها تتقوى بكثرة استعمال العرب لها في أشعارهم بهذا التحديد، كما قال بعض أئمة اللغة. انظر: الصنعاني، سبل السلام ج١ص٣٨. المباركفوري، التحفة، ج١ص١٨٥.

(٣) هذه الرواية ثبتت عن ابن جريج وأخذ بها الإمام الشافعي. انظر: النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤١٧هـ) ج١ص١٧٨. والقلتان تعادلان ١٩٥،١١٢ لتراً. انظر: العيطة، درية، فقه العبادات (دمشق: مطبعة الصباح، ط٢، ١٩٨٩م) ص٢٩.

(٤) الشيرازي، المهذب، ج١ص٦. وانظر قريباً من هذا في: البهوتي، كشاف القناع، ج١ص٤٣. الدسوقي، الحاشية، ج١ص٤٨.

ب-ما جاء عند بعض المتأخرين من الحنفية[1] في تقدير نصاب الفضة -الوارد فيه نص بأنه مائتا درهم- بالغرامات، حيث قال: بأنه سبعمائة غرام وعشر غرامات تقريباً، وقال في نصاب الذهب: إنه مائة غرام وغرام ونصف تقريباً[2].

٣- أن يكون في حمل التحديد على معناه الدقيق إلحاق مشقة غير معتادة بالمكلف، إما لعدم قدرته على تحصيل المطلوب عادة بهذا الحد الدقيق، أو لعدم القدرة على الجزم بحد دقيق يطمئن القلب إليه دون غيره. مثال ذلك:

أ-ما جاء عند الحنفية من أن جهة الكعبة ،وهي التي يجب على غير المكي التوجه إليها عند الصلاة، هي: "الجانب الذي إذا توجه إليه الإنسان يكون مسامتاً للكعبة، أو هوائها تحقيقاً أو تقريباً، ومعنى التحقيق: أنه لو فرض خط من تلقاء وجهه على زاوية قائمة إلى الأفق يكون ماراً على الكعبة أو هوائها، ومعنى التقريب: أن يكون منحرفاً عنها أو عن هوائها بما لا تزول به المقابلة بالكلية، بأن يبقى شيء من سطح الوجه مسامتاً لها أو لهوائها"[3].

ب-ما جاء عند المالكية[4] من أن المرأة إذا أعطت زوجها مالاً على أن يمسكها، ثمّ فارقها عاجلاً، فإن لها الرجوع عليه بما أخذ، وإن كان بعد طول زمان، فحيث يرى أنها بلغت غرضها لم ترجع وإن طال الزمن، وإن لم يُرَ ذلك كان له من المال بقدر ذلك تقريباً.

---

(١) الشرنبلالي، حسن وفائي، نور الإيضاح ونجاة الأرواح (دمشق: دار الحكمة، د. ط، ١٩٨٥م) ص١٢٦.

(٢) وفي هذين التقديرين نظرٌ كما هو ظاهر، فقد ذهب غيره من المعاصرين إلى أن نصاب الفضة يساوي ٥٩٤ غم وأن نصاب الذهب يساوي ٨٥ غم. انظر: العيطة، فقه العبادات، ص٣٦٧-٣٦٨.

(٣) ابن عابدين، الحاشية، ج١ ص٤٢٨. وانظر: الطحطاوي، الحاشية، ج٢ص١٤٣. ابن نجيم، البحر الرائق، ج١ص٣٠٠.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل، ج٣ص٥٢٩.

ج-ما جاء عند الشافعية[1] من أن تحديد وزن اللَّبِن المسلَم فيه يكون على سبيل التقريب، حتى لا يورث ذلك عزةً في المسلَم فيه، وبالتالي بطلان العقد.

د-ما جاء عند الحنابلة من أن تقدير السن يرجع فيه أحياناً إلى قول أهل الخبرة "على حسب ما يغلب على ظنونهم تقريباً، لعدم القدرة على اليقين"[2].

٤- أن تكون العبرة -في المستحق المراد تحديده- لمعنى غير مضطرد في آحاد المستحقات، فيصار إلى التقريب كضابط عام، للدلالة على أن هذا المعنى هو المراد، لا ذات الحد، ومثاله: ما جاء عند الشافعية[3] من تحديد أقل سن تحيض فيه المرأة بتسع سنوات تقريباً، وتحديد سن التمييز بسبع سنين أو ثمان تقريباً.

٥- أن يرد في التحديد أكثر من نص أو أكثر من رواية عن إمام المذهب، ولا يمكن الجمع بين المتعارض منها إلا إذا حملت على التقريب لا على التحديد، ومثال ذلك:

أ-جمع ابن عابدين بين ما قالته السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان إذا سلم لم يقعد إلا بمقدار ما يقول: "اللهم أنت السلام، ومنك السلام، تباركت ذا الجلال والإكرام"[4]، وبين ما جاء في الصحيحين من أن النبي ﷺ كان إذا فرغ من الصلاة وسلم، قال: "لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كلّ شيء قدير، اللهم لا مانع لما أعطيت، ولا معطي لما منعت، ولا ينفع ذا الجد منك

---

(١) انظر: النووي، الروضة، ج٤ص١٤. الشربيني، مغني المحتاج، ج١ص٢٥.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ج٣ص٢٩٣.

(٣) انظر: الدمياطي، السيد البكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ المعين (بيروت: دار الفكر، د. ط، د. ت) ج٣ص٦٩، و ج٤ص١٠٢

(٤) رواه مسلم، كتاب الصلاة، باب استحباب الذكر بعد الصلاة، رقم ٥٩٢.

الجد"[1]، إذ يقول: "فقول عائشة رضي الله عنها «مقدار» لا يفيد أنه كان يقول ذلك بعينه، بل كان يقعد بقدر ما يسعه ونحوه من القول تقريباً، فلا ينافي ما في الصحيحين"[2]، ويمكن حمل هذا على تعدد الأحوال أيضاً.

ب- الجمع بين رواية البويطي ورواية المزني[3] عن الإمام الشافعي في تحديد ما يقرأه المصلي في صلاة الكسوف إذا أراد أن يأتي بها على أكمل هيئة، فقد نقل الأول أنه يقرأ في القيام الأول -بعد الفاتحة وسوابقها- سورة البقرة أو مقدارها إن لم يحسنها، وفي الثاني آل عمران أو مقدارها، وفي الثالث النساء أو مقدارها، وفي الرابع المائدة أو مقدارها، وكل ذلك بعد الفاتحة. ونقل الثاني أنه يقرأ في الأول البقرة أو قدرها، وفي الثاني قدر مائتي آية منها، وفي الثالث قدر مائة وخمسين آية منها، وفي الرابع قدر مائة آية منها. فقد قال الإمام النووي معلقاً على هاتين الروايتين: "وليست على الاختلاف المحقق، بل الأمر فيه على التقريب، وهما متقاربان"[4].

أثر هذا التقسيم في الأحكام الشرعية:

يظهر أثر هذا التقسيم في الأحكام الشرعية من خلال أثره فيما وضع له التحديد ابتداء، وهو معرفة المجال أي: حدود المستحق الذي يصح ورود سلطة شرعية عليه، فعندما يكون التحديد دقيقاً تكون صحة ورود هذه السلطة على محلها مرهونة بعدم مخالفة الحدود التي أبان عنها التحديد، وذلك لقيام الدليل الشرعي على أن هذه الحدود مقصودة لذاتها.

---

(١) انظر المرجع السابق رقم ٥٩٣. ورواه البخاري، كتاب الصلاة، باب الذكر بعد الصلاة، رقم ٨٠٨، واللفظ لمسلم.

(٢) ابن عابدين، الحاشية، ج١ص٥٣٠.

(٣) انظر ترجمة هذين الإمامين في المجموع للنووي، ج١ص١٦٠.

(٤) النووي، الروضة، ج٢ص٨٤.

وعندما يكون التحديد على سبيل التقريب، يكون هذا الورود صحيحاً ولو لم يستوف المحل ذات الحد الذي دل عليه ظاهر التحديد، بل خالفه مخالفة يسيرة، لا تضر بمجمل الحد المذكور.

وهنا لا بد لي من الإشارة إلى أمرين:

الأول: من الملاحظ أن الفقهاء - حرصاً منهم على ضبط الأحكام - قد أبانوا غالباً عن المقدار الذي يتسامح فيه -زيادةً ونقصاناً- عندما يكون التحديد على سبيل التقريب، بحيث يعتبر ما زاد على هذا المقدار مفوِّتاً لمقصود الشارع من جملة هذا التحديد، وهذا كما هو ظاهر يدل على أهمية التحديد، وأهمية إجراء الأحكام على أوصاف منضبطة[1].

الثاني: إن دقة التحديد ليست أمراً متفقاً عليه دائماً بين الفقهاء، بل يمكنك أن تجد الخلاف حول تكييف تحديد ما، هل هو تقريبي أم لا؟ في المذهب الواحد علاوة على ما في المذاهب المتعددة[2].

وهذا التقسيم من وجهة نظر الباحث تقسيم مهم، ومعرفته ضرورية في الفقه والفتوى، كما أن فيه تأكيداً على أن طبيعة التحديد في الفقه الإسلامي لا تميل إلى التشديد على المكلف أو إيقاعه في الحرج عند بيان التحديد أو الالتزام بما دل عليه.

---

(١) انظر كلام الفقهاء في المسائل التي سبق ذكرها، وانظر أيضاً: النووي، الروضة، ج١ص١٩. الأزهري، صالح بن عبد السميع، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني (بيروت: المكتبة الثقافية، د.ط، د.ت) ص٢٣٦.

(٢) انظر المراجع السابقة.

المطلب الرابع: تقسيم التحديد باعتبار صحة الزيادة أو النقصان على الحد المبين فيه

أولاً: منشأ هذا التقسيم:

التحديد حكم شرعي لا بد لثبوته من أن يستند إلى دليل من أدلة الشرع عامة كانت أو خاصة، والتحديد أيضاً يقوم على بيان المجال الذي يصح أن ترد عليه سلطة شرعية، بحيث تعتبر مجاوزة هذا المجال مخالفة شرعية(١).

وهذه المجاوزة المذكورة تختلف من تحديد لآخر، فهي في بعض التحديدات تكون بالزيادة كما تكون بالنقصان، وفي البعض الآخر تكون بأحدهما فقط، بناءً على ما قرره الدليل الشرعي في كلّ مستحق منها. وهذا الاعتبار هو منشأ التقسيم الذي أبينه في هذا المطلب.

ثانياً: عرض التقسيم:

يمكن تقسيم التحديد بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام(٢) هي:

الأول: التحديد الذي لا تصح الزيادة على المقدار المبين فيه، كما لا يصح النقص منه أيضاً. ومن الأمثلة على هذا النوع: الصلوات المفروضة، وعدد الركعات المطلوبة

---

(١) انظر ص٦٩ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) انظر في هذه الأقسام وما تحتها من أمثلة: الراغب، المفردات، ص١٠٩. السمين الحلبي، عمدة الحفاظ، ص٤٤٠. الزركشي، المنثور، ج٣ص١٩٥. السيوطي، الأشباه، ص٢٢٨.

غير أن هذه المراجع تعرضت لذكر قسم رابع من أقسام التحديد، وهو ذلك الذي تجوز الزيادة عليه كما يجوز النقص منه، ومثل له بعضهم بمرات الطهارة الثلاث، وركعات الضحى الثمانية، وفي رأيي أن هذا القسم لا مدخل له في تحديد المستحقات، لأنه واقع على المندوبات التي لا يمكن وصفها بأنها حق ثابت، لانتفاء عنصر المطالبة "التسلط" فيها.

في كلّ صلاة منها، والمستحقات المالية الثابتة بعقد الصرف، والحدود في العقوبات، وفرائض المواريث.

والذي يظهر لي من فروع هذا التقسيم من أقسام التحديد، أن ما يدخل تحته من مستحقات يتصف بما يلي:

١- إن التكليف بإقامتها على ما حددت به قد جاء على سبيل الوجوب لا الندب.

٢- إن وسيلة التحديد التي استخدمت في بيان حدودها قاطعة لا تقبل أكثر من وجه في تفسيرها أو عند تنزيلها.

٣- إن الزيادة أو النقصان في حدها يخل بمقصود الشارع من إثباتها وإقامتها.

الثاني: التحديد الذي لا تجوز الزيادة على المقدار المبين فيه، مع جواز النقص منه. ومن الأمثلة على هذا النوع: إباحة الزواج بأربعة، وكون الطلاق الرجعي مرتان، والقسم بين الزوجات ثلاثاً ثلاثاً عند من يقول به الفقهاء، وتحديد أوسق العرايا بالخمسة.

والذي يظهر لي أن هذه الفروع تشترك في كون التحديد فيها ثبت لمعنى يفوت بالزيادة دون النقصان.

الثالث: التحديد الذي تجوز الزيادة على المقدار المبين فيه ولا يجوز النقص منه. ومثاله هنا: التحديد الواقع على المقادير الواجبة في الزكاة، والمرات المعتبرة في الرضاع المحرِّم، وأنصبة الشهادة، وأقل المهر، والماء الكثير، عند من يرى ذلك من الفقهاء.

والذي يظهر للباحث أن هذه الفروع تشترك في كون التحديد فيها ثبت لمعنى يفوت بالنقص دون الزيادة، فهي بعكس فروع القسم السابق.

ومعرفة هذا القسم من غيره إما أن يكون ببيانه صراحة من قبل المصدر الذي أخذ منه التحديد، وهذا طريق يشترك فيه مع باقي الأقسام المذكورة هنا، وإما أن يؤخذ منه دلالة، وذلك عندما يثبت هذا المصدر حقاً لجهة من الجهات -وهو بالطبع واجب على غيرها- دون أن يقدره بحد صريح، ولكنه يجعله معلقاً على تحقق اسم ما في المستحق، فعندها يقال: بأن المستحق هو أقل ما ينطبق عليه الاسم، لأن هذا القدر داخل في مسماه يقيناً، وما زاد عليه مشكوك فيه، فيبقى على الأصل وهو عدم ثبوت شيء فيه[١].

ومن الأمثلة على هذا النوع:

١-ما جاء عند الحنفية في قولهم: "وإن اشترط الرجل في سلَمه ثوباً جيداً، ثمّ جاء به المسلم إليه، فقال رب السلم: ليس هذا بجيد. وقال المسلم إليه: جيد. فإن الحاكم يريه رجلين من أهل تلك الصنعة...فإذا اجتمعا على أنه جيد مما يقع عليه اسم الجودة، وإن كان ليس نهاية في الجودة أجبر رب السلم على أخذه، لأن المسلم إليه وفَّى بما شرط له، فالمستحق بالتسمية أدنى ما يتناوله الاسم، إذ لا نهاية للأعلى..."[٢].

٢-ما جاء عند المالكية في تفسير قوله تعالى: ﴿وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦]:"ومن خرج من منى إلى مكة، أو إلى وطنه فقد رجع من منى، والشرط إنما هو رجوع فقط، وهذا رجوع، والحكم المعلق على مطلق الاسم ينطلق على ما يقع عليه الاسم"[٣].

٣- ما جاء عند الشافعية: "أما أقله (أي: السجود)...أن يضع على الأرض من الجبهة ما يقع عليه الاسم"[٤].

---

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٧ص٦٦، ص٢٨٥.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج١٢ص١٥٣.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل، ج٢ص١٨٣.

(٤) النووي، الروضة، ج١ص٢٥٥.

٤-ما جاء عند الحنابلة: "وإن قال (أي الموصي): حجوا عني ولم يقل حجة واحدة، لم يحج عنه إلا حجة واحدة، لأنه أقل ما يقع عليه الاسم"[(١)].

ومما يتعلق بهذا القسم مسألة يذكرها علماء الأصول، وهي: حكم الزيادة على أقل الواجب، هل توصف بالوجوب أم بالندب؟ قولان[(٢)]:

الأول: يرى أن الكل واجب "لأن نسبة الكل إلى الأمر واحد، والأمر في نفسه أمر واحد، وهو أمر إيجاب، ولا يتميز البعض من البعض فالكل امتثال"[(٣)].

الثاني: يرى أن الزيادة على الأقل مندوبة، وذلك لجواز تركها مطلقاً من غير عقوبة، وما دامت كذلك فلا يتحقق فيها حد الوجوب، وهذا ما رجحه الإمام الغزالي وغيره[(٤)].

وثمرة هذا الخلاف[(٥)] تظهر في تقرير ثواب الزيادة، هل هو ثواب نافلة أم ثواب فريضة؟ على ما هو معلوم من أن أجر الفريضة أعلى من أجر النافلة.

أثر هذا التقسيم في الأحكام الشرعية:

يظهر أثر هذا التقسيم في الأحكام الشرعية حال مخالفة المكلف لحدود ما بين له بالتحديد، إذ قد يتبادر للذهن - دون معرفة هذه الأقسام - أن أي مخالفة للتحديد

---

(١) ابن قدامة، المغني، ج٦ص١٤٠.

(٢) انظر: الغزالي، المستصفى، ص٥٩. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، روضة الناظر وجنة المناظر (الرياض: جامعة الإمام، ط٢، ١٣٩٩هـ) ج٢ص٣٣-٣٤.

(٣) الغزالي، المستصفى، ص٥٩.

(٤) انظر المرجع السابق. ابن قدامة، روضة الناظر، ج٢ص٣٤.

(٥) النووي، الروضة، ج٣ص١٩٩.

تعني مخالفة الشرع ومعصيته، وما يستتبع ذلك من انشغال الذمة إذا كان التحديد واقعاً على مستحق واجب الأداء، أو إبطال ما بُني على ورود السلطة على غير محلها المحدد إذا كان التحديد واقعاً على مستحق ترد عليه سلطة صاحبه مباشرة، وليس الأمر كذلك دائماً:

فالقسم الأول من أقسام التحديد هنا يصح أن يقال فيه هذا، على اعتبار أن المكلف قد كُلف بالإتيان بالمطلوب على وجه واحد بعينه، فلا يغتفر فيه النقص ولا الزيادة.

وأما القسم الثاني فيصح فيه حال الزيادة دون النقص، إذ المكلف هنا قد حدد له حد أعلى للمستحق لا تجوز مجاوزة سلطته له، أما ما دون ذلك فالأمر إليه مع مراعاة الأحكام الشرعية الأخرى.

في حين أن القسم الثالث بعكس القسم الثاني، إذ آثار المخالفة ترد حال النقص دون الزيادة، فهنا حد أدنى لا سبيل إلى نزول المستحق عنه، أما الزيادة عليه فصحيحة ما لم تخالف حكماً شرعياً آخر.

لذا كان التمييز بين هذه الأقسام الثلاثة مما لابد من معرفته لإجراء الأحكام الشرعية حال المخالفة، أما عند الموافقة فالأمر بيّن.

المبحث الثاني: التقسيمات الأخرى

هذه التقسيمات تختلف عن سابقتها، من حيث كونها أقل تأثيراً في الأحكام التي تبنى على التمييز بين أقسام كلّ منها، وفيما يلي بيان لكل منها.

المطلب الأول: تقسيم التحديد باعتبار تأثيره في محله

منشأ هذا التقسيم يعود إلى النظر في تحقق مجموعة من المقومات في التحديد ليعتبر صالحاً للتأثير في محله، وبالتالي صالحاً لبناء الأحكام الشرعية المختلفة، وبناءً على ذلك يمكن القول بأن التحديد بهذا الاعتبار قسمان:

الأول: التحديد المؤثر: وهو ذلك التحديد المستوفي لجميع مقوماته، الصالح للتأثير في محله، وبناء الأحكام الشرعية عليه.

والمقومات المشار إليها في هذا التعريف، يمكن إجمالها في: أن يكون التحديد واقعاً على مستحق من المستحقات، أما التحديد الواقع على غير المستحقات فلا يعنينا هنا. وأن يكون المستحق ثابتاً بحكم الشرع، أي بدليل صحيح، مما يؤدي إلى كون الارتباط بين السلطة ومحلها قد جاء على وجه يقره الشرع. وأن يكون التحديد ثابتاً بحكم الشرع، سواء كان تحديداً تشريعياً أم تحديداً تنزيلياً، وهذا يستلزم أن يكون مستمداً من دليل شرعي صحيح. وأن يحصل التمايز بين المستحق وغيره بهذا التحديد، إذ إن أي تحديد لا يحقق المقصود منه لا يعتبر تحديداً شرعياً صالحاً لبناء الأحكام عليه.

الثاني: التحديد غير المؤثر: وهو ذلك التحديد الذي لم يستوف أحد مقوماته أو قام مانع من إعماله، وبالتالي فلا أثر له في محله، ولا في بناء الأحكام الشرعية.

والموانع التي قد تحول بين التحديد وآثاره يمكن ردها إلى ثلاثة أمور رئيسية هي:

أولاً: عدم إرادة التحديد: وذلك عندما يظهر للوسيلة المستخدمة في التحديد فائدة

أخرى مغايرة له[1]، ومن ذلك:

أن يكون اللفظ الذي أخذ منه التحديد قد خرج مخرج الغالب، كما في قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾ [النساء: ٢٣]، فالظاهر من الآية تحديد محل الحرمة في الزواج من بنت الزوجة- بكونها في حجر الزوج، لكن هذا التحديد غير معتبر بالإجماع[2]، لأن هذا الوصف جرى على الغالب من حال النساء، إذا تزوجت ولها ابن أو بنت من زوج سابق، فإنها تأخذ أولادها إلى بيت زوجها لتربيهم فيه[3].

ثانياً: انعدام التناسب بين وسيلة التحديد والمستحق:

من تطبيقات هذا المانع: استخدام الوصف لتحديد الأعيان الحاضرة، إذ الحاضر يحدد بالإشارة لا بالعبارة، ومن هنا قال الفقهاء: "الوصف في الحاضر لغو وفي

---

(١) هذا المانع وما تحته من فروع وأمثلة مستمد من كلام الأصوليين في تحرير محل النزاع في مفهوم المخالفة، يقول الإمام السبكي في ذلك: "وأما محل النزاع فهو... إذا لم يظهر لتعليق الحكم بالصفة المذكورة -أي في النص- فائدة أخرى مغايرة لنفي الحكم عما عداها" الإبهاج، ج١ص٣٧١. وصلة هذا بالتحديد وثيقة جداً، إذ المقصود بالتحديد معرفة المجال الذي يصح شرعاً أن ترد عليه السلطة الممنوحة بموجب الحق، وهذا الأمر يستلزم نفي الصحة إذا وردت هذه السلطة على غير المجال المبين بالتحديد. انظر في هذه المسألة: السبكي، جمع الجوامع، ج١ص٣٤٦. نشر البنود ج١ص٩٣. ابن بدران، عبد القادر الدمشقي، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٠١هـ) ص٢٧٥. سعد، محمد توفيق، سبل الاستنباط من الكتاب والسنة (القاهرة: مطبعة الأمانة، د.ط، ١٤٢٣هـ) ص٢٨١-٢٩٨. شعبان، زكي الدين، أصول الفقه الإسلامي (الكويت: جامعة الكويت، د.ط، د.ت) ص٣٨٢-٣٨٣.

(٢) انظر: ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإجماع (الإسكندرية: دار الدعوة، ط٣، ١٤٠٢هـ) ص٧٦.

(٣) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥ص١١٢.

الغائب معتبر"[1]، ويعنون بذلك أنه "لو عرَّف شخص شيئاً ببيان جنسه ووصفه ينظر، فإذا كان الموصوف حاضراً وكان مشاراً إليه حين الوصف، وكان الموصوف والمسمى من جنس المشار إليه فالوصف لغو ولا حكم له، وأما إذا كان الموصوف غائباً عن مجلس الوصف، فالوصف معتبر"[2].

ثالثاً: عدم إمكان العمل بالتحديد:

وهذا قد يكون: ١- لسبب قام في المستحق الذي وقع عليه التحديد، أو ٢- لفساد الوسيلة التي ظهر بها التحديد، أو ٣- إهمالها واعتبار ما هو أقوى منها:

فمن الأول أن يكون التحديد واقعاً على جزء من كل، مع عدم إمكان إفراد هذا الجزء بالحكم دون ذلك الكل، وهذا ما عبر عنه بعض الفقهاء بقولهم: "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله"[3]، وعبر آخرون عن ذلك بقولهم: "ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله"[4].

ومن صور هذه القاعدة أن يعفو ولي الدم عن بعض مستحِق القصاص "الجاني" دون بعضه، فعندئذ يسقط القصاص كله، إذ لا يتصور إقامة القصاص هنا في بعض الجاني دون بعض[5].

---

(١) المجلة، مادة ٦٥، وانظر في معناها: الزركشي، محمد بن بهادر، خبايا الزوايا (بيروت: وزارة الأوقاف، ط١، ١٤٠٢هـ) ص٢١٠. السيوطي، الأشباه، ص١٩١.

(٢) حيدر، علي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، د. ت) ج١ ص٨. وانظر: الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص٣٣١.

(٣) المجلة، مادة ٦٣.

(٤) السيوطي، الأشباه، ص١٠٨.

(٥) انظر المرجعين السابقين. حيدر، درر الأحكام، ج١ ص٥٥.

ومن الثاني أن يكون التحديد قد تم بكلام لا معنى له، لا على سبيل الحقيقة ولا على سبيل المجاز، فعندئذ يهمل الكلام كله، وهذا مقتضى القاعدة التي نصها: "إذا تعذر إعمال الكلام يهمل"[1]، وقد جاء في شرحها: "إذا كان حمل الكلام على معناه الحقيقي أو على المجازي خارجاً على الإمكان وممتنعاً، أو كان اللفظ مشتركاً بين معنيين، ولا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر، يهمل بحكم الضرورة حينئذ ولا يعمل"[2].

أما الثالث فهو مختص بتزاحم وسائل التحديد مع تعارضها، إذ يجب عندها أن تعمل الوسيلة الأقوى وتهمل الوسيلة الضعيفة، وهذا ما دلت عليه القاعدة الفقهية: "الحقيقة تترك بدلالة العادة"[3]، والقاعدة الأخرى: "إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلبت الإشارة"[4].

ومن الجدير بالذكر أن هذه الأنواع الثلاثة تقع في التحديد المبني على عبارة الناس، أما نصوص الشريعة فلا يوجد فيها ما هو من هذا القبيل.

المطلب الثاني: تقسيم التحديد باعتبار مورده

منشأ هذا التقسيم يعود إلى طبيعة المستحق قبل التحديد، من حيث كونه مدركاً بالحس، أو لا، حيث تؤثر هذه الطبيعة على ما يرد عليه التحديد من ذلك المستحق. وبناء على هذا الاعتبار يمكن القول بأن التحديد يقسم إلى قسمين[5].

---

(١) المجلة، مادة ٦٢.

(٢) حيدر، درر الأحكام، ج١ ص٥٤.

(٣) المجلة، مادة ٤٠.

(٤) السيوطي، الأشباه، ص١٩٠.

(٥) راجع ما يقوله القانونيون عند الفرق بين محل الحق العيني ومحل الحق الشخصي، انظر مثلاً: كيره، المدخل، ج١ ص٦٣.

الأول: تحديد يرد على ذات المستحق، وذلك عندما يكون للمستحق وجود متحقق، بحيث يشغل حيزاً في الوجود الخارجي، فعندها يكون القصد من التحديد عزل ذلك المستحق المشخص عن غيره من المستحقات الحاضرة زمن وقوع التحديد.

من هنا كان هذا التحديد صالحاً للإعمال في الأشخاص والأعيان لا غيرها من أنواع المستحقات.

الثاني: تحديد يرد على جنس المستحق ونوعه، وذلك عندما يكون المستحق غير موجود في الحال، وإنما هو أمر يحصل في المستقبل، فعندها يكون القصد من التحديد وصف المستحق وصفاً يعرف من خلاله صحة تعلق الآثار الشرعية به حال حصوله. ولذا كان هذا التقسيم من التحديد مختصاً بالديون والأعمال التي من شأنها الحصول في المستقبل.

على أن كلا نوعي التحديد هنا، قد يردان على أوصاف عارضة متعلقة بالمستحق كالزمان والمكان، وذلك عندما يكون لهما تأثير معتبر في الاستحقاق، كتحديد زمان تسليم المبيع ومكانه، أو في ضبط المستحق إذا كان من طبيعته الانضباط بهما، كما في تحديد المنفعة بالزمان، وقد يردان على أوصاف ذاتية فيه، كذكر الجنس والنوع والمقدار في المسلم فيه وفي المبيع الغائب عند من يجيز هذا من الفقهاء، وكل هذا عائد إلى أنواع المستحقات وما يحصل به تمييز بعضها عن بعض.

وأما معرفة هذا التقسيم، والتمييزُ بين ما يدخل تحت القسم الأول منه أو القسم الثاني فمهمة عند إيقاع التحديد، فلكي يكون التحديد صحيحاً لا بد من بيان الأمور التي يكون بها التمييز بين مستحق وآخر، ويكون هذا تبعاً لمورد التحديد فيه، وبناءً عليه تستخدم الوسيلة الصحيحة التي تظهره وتثبته.

في ختام هذا المبحث بقي أن أشير إلى إمكانية الخروج بتقسيم ثالث وهو: تقسيم

التحديد باعتبار مصدر ثبوته، و منشأ هذا التقسيم يعود إلى النظر في المصدر الشرعي الذي أخذ منه التحديد، وهذه المصادر متعددة الأنواع كما أنها متعددة الوظائف، وهي في الجملة اثنا عشر مصدراً، يأتي الحديث عما يتعلق بها في الفصل الثاني من هذا الباب، إن شاء الله تعالى.

الفصل الثاني

مصادر ثبوت التحديد

تمهيد:

الأساس الذي يقوم عليه هذا الفصل أن التحديد لا يثبت إلا بدليل شرعي صحيح، وتعليل ذلك أن الحق بأركانه لا يعتبر حقاً شرعياً إلا إذا أقره الشرع الشريف، فلزم من هذا أن المستحق -وهو أحد أركان الحق- لا يثبت هو الآخر إلا بإقرار الشرع، ولزم من هذا الأخير أن التحديد وهو أحد الأوصاف اللازمة للمستحق لا يثبت إلا بدليل أيضاً.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التحديد غايته بيان المجال الذي يصح أن ترد عليه السلطة الممنوحة بموجب الحق، والصحة هذه حكم شرعي لا يجوز إثباته إلا بدليل.

وهذا الأساس يمكن للباحث ملاحظته بسهولة من تتبع كلام الفقهاء والمجتهدين، الذين حرصوا في تعليلهم الأحكام التي يثبتونها، و كذا عند مناقشتهم لآراء بعضهم البعض أن يبينوا ألا تحديد إلا بدليل، وأن أي تحديد لا يقوم عليه دليل لا تقوم به حجة ولا يقوم له اعتبار[1].

إذن فقد ثبت أن أي تحديد لأي مستحق من المستحقات لا بد له من أن يستند إلى

---

(١) راجع على سبيل المثال لا الحصر: الشافعي، الإمام محمد بن إدريس، الرسالة (القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، د.ط، ١٣٥٨هـ) ص١٦٦. الزركشي، المنثور، ج٢ص٣٩٣. ابن القيم، محمد بن أبي بكر: إعلام الموقعين عن رب العالمين (بيروت: دار الجيل، د. ط، ١٩٧٣م) ج١ص٢٩٧. السيوطي، الأشباه، ص٣٩٤. المجلة: م ٦٤. المقري، القواعد، ج١ص٣٠٧.

مصدر يؤخذ منه، وهذه المصادر هي التي سيتناولها هذا الفصل بالدراسة والتحليل.

وأول ما يلفت نظر الباحث أن هذه المصادر ليست على سنن واحد عند نسبتها إلى التحديد، فبعضها نصي وبعضها الآخر اجتهادي، كما أن بعضها ملازم لسبب ثبوت الحق، وبعضها لاحق له، إلى غير ذلك من الاعتبارات التي يمكن بالرجوع إليها الخروج بتقسيمات عدة، لكن الاعتبار الأشد تأثيراً - من وجهة نظر الباحث - في الأحكام الشرعية، هو الوظيفة التي يؤديها المصدر في سبيل التوصل إلى معرفة حكم الله تعالى في واقعة من الوقائع، والذي يعني تقسيم هذه المصادر إلى مصادر يؤخذ منها التحديد التشريعي، ومصادر يؤخذ منها التحديد التنـزيلي.

وهذا التقسيم هو الذي سأعتمده في تناول هذه المصادر وفي بيان كيفية إعمالها لاستخراج التحديد، في هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

المبحث الأول: مصادر التحديد التشريعي

تمهيد:

قبل الشروع في بيان مصادر هذا النوع من التحديد، لا بد لي أن أبين مميزاته، وما ينبني عليها من آثار فقهية، وهذه المميزات كما تظهر لي هي: أنه تحديد ثابت من قبل الشارع ابتداءً، إما صراحة (نص) أو دلالة، فليس للرأي المحض مدخل في تشريعه، شأنه شأن غيره من الأحكام الشرعية. كما أنه تحديد يتصف بالعموم من جهة أنه غير متعلق بمستحق بعينه من المستحقات، بل هو متعلق بنوع منها. ثم إنه تحديد يتصف بالخصوص من جهة أنه متعلق بخصوص نوع من أنواع المستحقات دون غيرها[1]، وتعلقه هذا يعني اتصاف المستحق بوصف يفيد أنه محدود.

ومما يذكر هنا أن هذا التحديد بحكم ما فيه من عموم لا يمكن تنزيله على مستحق ما بعينه ما لم يجزم بطريق شرعي بدخوله ضمن نطاقه، أي بكونه فرداً من أفراد النوع الذي تعلق به التحديد، وهذا مع مراعاة الأحكام التشريعية الأخرى المتعلقة بخصوص ذلك المستحق والمؤثرة في تحديده.

وهذه المميزات ينبني عليها مجموعة من الآثار، هي:

أولاً: إن مصادر التحديد التشريعي هي في حقيقتها المصادر النقلية للفقه الإسلامي وما يرجع إليها من مصادر، بما تفيده من أحكام مختلفة، وذلك عندما تكون هذه الأحكام في طورها "النظري" السابق على الحكم على أعيان المكلفين من جهة ما هم فاعلون[2].

---

(١) وهذا المعنى مستفاد من كلام الأصوليين: أن العام بالإضافة يعتبر خاصاً بالنسبة إلى ما أضيف إليه، أي الأفراد الذين يصدق عليهم، فهو يتناولهم دون غيرهم. انظر: الغزالي، المستصفى، ص٢٢٤.

(٢) انظر: الشاطبي، الموافقات، ج٣ص٤٣.

ثانياً: إن هذا النوع من التحديد ينطبق على صنفين: **الأول**: التحديد الذي يستمد من النص مباشرة ثمّ يُجري كما هو على جميع آحاد المستحقات التي تصلح محلاً له، بلا تمييز بين مستحق وآخر، وهذا الصنف من المستحقات هو الذي يسميه الفقهاء والأصوليون بالمقدرات، ويمثلون له بأعداد الركعات ومقادير الحدود في العقوبات، وأنصبة الزكوات، وغير ذلك.

ويتميز هذا الصنف أيضاً بأن وسيلة التحديد التي وردت فيه تتسم بأنها قاطعة وواضحة، كالأعداد والكميات والهيئات المخصوصة، وبالتالي يسهل تنزيلها على محلاتها، إذ الدليل قائم على عدم مراعاة أي خصوصية فيها، بحيث يختلف التحديد تبعاً لها في هذا المستحق أو ذاك، ومن هنا يكون دور المجتهد -أو من قام مقامه- النظر في الاستحقاق لا في التحديد، فمتى ثبت الاستحقاق استدعى إليه التحديد بلا زيادة أو نقصان.

أما الصنف الثاني فهو: التحديد الذي يستمد أصله من النص، غير أنه لا يُجرى في الواقع على جميع آحاد المستحقات التي تدخل تحته بصورة واحدة، وذلك لقيام الدليل على مراعاة خصوصية كلّ مستحق من هذه المستحقات، وهذا يمكن التمثيل له بقيم المتلفات، ومقادير النفقات، والتعزير في العقوبات، وما شابه.

ويتميز هذا الصنف أيضاً بأن وسيلة التحديد المستخدمة فيه لا تكون قاطعة كالصنف الأول، بل تأتي بصيغة أوصاف وعلامات مرنة، تتسع للصور المختلفة التي تظهر بها عند التنزيل، ومن هنا فلا يمكن تنـزيلها على محلاتها بصورة تلقائية، بل لا بد من النظر والاجتهاد في التحديد -كما هو الحال في الاستحقاق- حتى يتحول ذلك الوصف العام إلى كمية أو كيفية محدودة يستطيع المكلف الإتيان بها، أو ممارسة حقه ضمنها، وهذا ما يتكفل التحديد التنزيلي ببيانه، على ما سيأتي تفصيله إن شاء الله.

وحتى لا يكون كلامي هنا تكراراً لما يذكره الأصوليون في مباحث الأدلة،

فسأقتصر على المسائل التي تخص موضوع الرسالة بصورة مباشرة، مع الإشارة إلى ما قد يلزم من مسائل توضيحية، حيث سأتناول كلّ مصدر من هذه المصادر في مطلب خاص.

المطلب الأول: النص الشرعي

وأقصد بالنص هنا معناه العام، الذي هو "كلّ ملفوظ مفهوم المعنى من الكتاب والسنة..."[1]، وغني عن القول: إن نصوص الكتاب العزيز، والسنة المشرفة هما المصدر الأول الذي تستقى منه أحكام هذه الشريعة المطهرة، ومن ضمنها الأحكام التي أفادت التحديد.

ثم إن هذا المصدر يكتسب أهمية خاصة من بين غيره من المصادر المذكورة هنا، لاشتماله على ميزتين لا توجدان في غيره، و هاتان الميزتان هما:

أولاً: إن النص الشرعي، يعتبر المصدر الرئيسي الذي يؤخذ منه التحديد المتعلق بالمستحقات الثابتة لله تعالى، بل إن بعض الفقهاء عدوه المصدر الوحيد في هذا المجال وذلك عندما نفوا جريان القياس في المقدرات، على ما سيأتي بيانه قريباً إن شاء الله.

ولذا فإننا نرى أن جلَّ اعتماد الفقهاء في هذا الموضوع يقوم على البحث في المصادر النصية دون غيرها، وذلك لأن هذا المستحقات لا تثبت ابتداء إلا من جهة الشارع، ولذا فان الشارع وحده هو المرجع في الإبانة عما يتعلق بها من أحكام.

ثانياً: إن مصادر التحديد الأخرى بنوعيها، لا بد أن تستند إلى هذا المصدر ، بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، حتى تثبت حجيتها، ويصح الاعتماد عليها في معرفة الأحكام سواءٌ في ذلك أحكام التحديد التشريعي و التنزيلي.

---

(١) البزدوي، كشف الأسرار، ج١ ص٤٧.

-أما كيفية الإفادة من هذا المصدر فهي من طريقين:

الأول: الطريق المباشر، حيث نجد كثيراً من المستحقات قد تم تحديده بصورة مباشرة في النصوص الشرعية، بحيث لا يحتاج الفقيه إلى أكثر من معرفة باللغة ودلالاتها، لتستبين له حقيقة مثل هذا الحد.

ومن الأمثلة على هذا النوع: تحديد العبادات بأفعالها وأوقاتها وأماكنها، وتحديد نصب الزكوات ومقدار ما يؤخذ فيها، وتحديد العقوبات الواجبة في الجرائم الحديّة، إلى غير هذا.

الثاني: الطريق غير المباشر، وذلك بإقرار النصوص لمجموعة من القواعد التشريعية العامة التي يمكن من خلالها معرفة حدود المستحقات التي لم يرد فيها نص، وهنا يحتاج الفقيه إلى نظر متبصر، وفهم دقيق بمقاصد الشرع ومراميه، ليعرف كيفية تطبيق هذه القواعد، وكيفية الوصول بها إلى ما لا يجعل أحكام الشرع يناقض بعضها بعضاً.

ومن أمثلة هذه القواعد التي أقرتها النصوص: قاعدة المعاملة بالمثل، وقاعدة رفع الضرر والتعويض عنه، وقاعدة الالتزام بالعقود و العهود، وما شابه.

المطلب الثاني: الإجماع

لم يختلف علماء الأصول في تقرير المسائل المتعلقة بمصدر من مصادر التشريع الإسلامي كاختلافهم في تقرير مسائل الإجماع، إذ لا يكاد الباحث يطالع مسألة من مسائل هذا الباب إلا ويجد فيها اختلافاً كثيراً مع اتفاقهم على حجيته من حيث الجملة[1].

ومع ذلك فإن من الإجماع قدراً متيقناً يصح الاستدلال به عند الجميع، وهو ذلك

(١) انظر: الأشقر، عمر سليمان، نظرات في أصول الفقه (عمان: دار النفائس، ط٢، ١٤١٩هـ) ص٩-٣٤.

حمد، أحمد: الإجماع بين النظرية والتطبيق (الكويت: دار القلم، ط٢، ١٤٠٣هـ) ص١٣٨-١٤٤.

القدر الذي أشار إليه الإمام الشافعي بقوله: "ولست أقول -ولا أحد من أهل العلم-: هذا مجمع عليه إلا لما لا تلقى عالماً أبداً إلا قاله لك، وحكاه عمن قبله، كالظهر أربع، وكتحريم الخمر، وما أشبه هذا"[١].

ومثل هذا له دور في تقرير بعض القضايا المتعلقة بالتحديد التشريعي، الذي هو موضع الحديث هنا، ويمكن تلخيص هذا الدور في أمرين هما:

أولاً: تأكيد ما دل عليه ظاهر النص الشرعي -من الكتاب والسنة- برفع ما فيه من احتمال، وذلك بنقله من مورد الظن إلى مورد القطع إن في الدلالة أو الرواية.

وأقرب مثال على ذلك ما أورده الإمام الشافعي في النص السابق، من أن الإجماع قائم على أن صلاة الظهر أربع ركعات، وهذا التحديد المجمع عليه يمكن استفادته من السنة المشرفة أيضاً، لكن بأحاديث قولية لم تبلغ درجة التواتر، مما يجعله ظني الثبوت، لكن قيام الإجماع عليه -حتى صار من المعلوم من الدين بالضرورة- نقله من حيز الظن إلى حيز القطع.

ثانياً: تأويل ما دل عليه ظاهر النص الشرعي من الكتاب والسنة، بنفي ما قد يتبادر إلى الذهن أنه تحديد، وهو في الحقيقة ليس كذلك.

ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿١٣٠﴾ ﴾ [آل عمران: ١٣٠]، فظاهر الآية تحديد ما يحرم من الربا بكونه أضعافاً مضاعفة، دون ما كانت الزيادة فيه يسيرةً لا تصل إلى حد المضاعفة، وليس الأمر كذلك في حقيقته، لأن هذا التحديد إنما ذكر لوصف ما كان عليه الحال في الجاهلية، وبه يظهر قبح فعلهم وشناعته، إذ هو الاستغلال الذي ليس بعده استغلال[٢].

---

(١) الشافعي، الرسالة، ص٥٣٤.

(٢) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٤ص٢٠٢. الجصاص، أحكام القرآن، ج٢ص٣٢٤.

وهذا التأويل استفيد من الإجماع القائم على حرمة الربا قليله وكثيره، كما يستفاد أيضاً من نصوص أخرى من الكتاب والسنة[1].

المطلب الثالث: القياس

يعد القياس عند جمهور الفقهاء من أهل السنة والجماعة مصدراً من مصادر التشريع المعتمدة، به تعرف الأحكام وتستبين، وإليه يلجأ المجتهد لاستخراج حكم الله تعالى فيما يجد من وقائع لا ذكر لها صراحة في الكتاب أو السنة، إذ "كلّ ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم، أو على سبيل الحق فيه دلالةٌ موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم اتباعُه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلبُ الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد، والاجتهاد القياس"[2].

وقد اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف القياس وحدِّه، ولكنها تصب في توجهين رئيسيين[3]:

الأول: يرى أن القياس من فعل المجتهد، فهو وإن كان حجة كالكتاب والسنة، إلا أن حجيته ليست أمراً ذاتياً، بل هي مكتسبة من كونه فعل مجتهدٍ أقره الشرع، وخير من عبر عن هذا التوجه التعريف الذي ارتضاه الإمام الغزالي (ت ٥٠٥هـ) وغيره له بأنه "حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما"[4].

---

(١) انظر: ابن المنذر، الإجماع، ص٩٥. ابن حزم، علي بن أحمد، مراتب الإجماع (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت) ص٩٤.

(٢) الشافعي، الرسالة، ص٤٧٧.

(٣) انظر: ابن عبد الشكور، محب الله، مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٣٢٢هـ) ج٢ ص٢٤٧. الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤١٢هـ) ج١ص٣٣٨.

(٤) الغزالي، محمد بن محمد، المنخول (دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٠هـ) ص٣٢٤.

الثاني: يرى أن القياس "حجة إلهية موضوعة من قبل الشارع لمعرفة أحكامه"(١)، ولذا كانت حجته ذاتية غير متوقفة على أمر خارجي، وممن عبر عن هذا التوجه الآمدي (ت ٦٣١هـ) إذ يقول في تعريفه له: إنه عبارة عن "الاستواء بين الفرع والأصل في العلة المستنبطة من حكم الأصل"(٢).

وأياً كان الأمر، فالمراد من هذا المطلب البحث في مدى إمكانية الاعتماد على القياس في إثبات التحديد التشريعي، بمعنى: أنه لو ثبت تحديد بنص من نصوص الكتاب والسنة لمستحق من المستحقات، فهل يجوز تعدية هذا التحديد إلى مستحق آخر بواسطة القياس؟

الذي يظهر للباحث من كلام الأصوليين في باب القياس، عند بحثهم "ما يجوز إجراء القياس فيه وما لا يجوز" أنه لا خلاف بينهم في إثبات أحكام التحديد عموماً بالقياس، إذ التحديد من حيث الأصل حكم كسائر الأحكام الشرعية، يثبت بما تثبت به ابتداء، غير أنهم اختلفوا في جريانه في نوع خاص من أنواع التحديد وهو التقديرات (الواقعة على المقدرات)، ولهم في ذلك مذهبان:

الأول: يرى أن القياس لا يجري مطلقاً في المقدرات، فأي تحديد جاء من الشارع فيها لا يتعدى به محله، سواء في ذلك العقوبات "الحدود" وغيرها، وهذا المذهب هو مذهب الحنفية(٣)، وبعض الحنابلة(٤).

---

(١) انظر: الأنصاري، عبد العلي بن محمد، فواتح الرحموت/ بهامش المستصفى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٣٢٢هـ) ج١ص٢٤٧.

(٢) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج٢ص٢٠٩.

(٣) انظر: السرخسي، محمد بن علي، أصول السرخسي (بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٣٧٢هـ) ج٢ص١١١. الجصاص، أحمد بن علي، الفصول في الأصول (الكويت: وزارة الأوقاف، ط١، ١٤٠٥هـ) ج٢ص٣٢٠. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨ص٣٩١.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٢ص٨٩.

وهذا المذهب يقوم على حجة مقتضاها: عدم إمكانية إدراك العلة من هذه التقديرات، واتخاذ هذه الحجة كأصل ترد به جميع الأقيسة، إذ لا قياس عند عدم إدراك العلة، ويتأكد هذا المعنى إذا علمنا أن معظم المقدرات الواردة في النصوص قد جاءت فيما كان من قبيل حقوق الله تعالى من عبادات وعقوبات، وحق الله لا يعرف إلا من جهته، فلا مجال فيه للرأي(1).

الثاني: يرى أن الأصل في القياس جريانه في سائر أحكام الشرع، يستوي في ذلك التقديرات وغيرها، ما دام القياس مستوفياً لجميع شرائطه المعتبرة، والتي من أهمها كون النص معللاً بعلة متعدية، وهذا هو مذهب جمهور الأصوليين من الشافعية وغيرهم(2).

وأصحاب هذا المذهب تمسكوا بعموم الأدلة -التي يحتج بها الفريقان- على صحة القياس في الشرع، إذ قالوا: إن هذه الأدلة لم تميز بين المقدرات وغيرها، فلا وجه لاستثنائها منها ما دامت شروط القياس الصحيح متحققة فيها.

وبإمعان النظر في مذهب الجمهور نجد أن الخلاف بين المذهبين محدود جداً، إذ الشرط الذي التزموه، وهو كون العلة متعدية يجعل الخلاف لا يتجاوز مسائل معدودة إذا أحيل الأمر إلى دائرة الفقه، وتطبيق الأصول على الفروع، وهذا يمكن إدراكه من كلام الإمام الغزالي وهو يقرر مذهب الفريق الثاني، إذ يكاد أن يقترب من مذهب الفريق الأول عندما يقول: "القاعدة المستقلة المستفتحة، التي لا يعقل معناها، فلا يقاس عليها غيرها لعدم العلة...ومثاله: المقدرات، في أعداد الركعات، ونصب

---

(1) أبو زهرة، محمد، أصول الفقه الإسلامي (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، د.ت) ص٢٦٠.

(2) انظر: السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٤هـ) ج٣ص٣٠. الآمدي، الإحكام، ج٤ص٦٤. الجويني، البرهان، ج٢ص٥٨٦. ابن قدامة، روضة الناظر، ج٢ص٣٢٩.

الزكوات، ومقادير الحدود والكفارات، وجميع التحكمات المبتدأة التي لا ينقدح فيها معنى فلا يقاس عليها غيرها لأنها لا تعقل علتها"[1]، فالأمثلة التي ساقها على هذه القاعدة لم تستثن شيئاً من المقدرات بل جعلتها جميعاً من قبيل ما لا يدرك ولا يعقل معناه.

وفي هذا أيضاً يقول الإمام الشاطبي: "لو كان المقصود التوسعة (يعني: بالقياس) في وجوه التعبد بها حد وما لم يحد، لنصب الشارع عليه دليلاً واضحاً كما نصب على التوسعة في وجوه العادات أدلةً لا يوقف معها على المنصوص عليه دون ما شابهه وقاربه وجامعه في المعنى المفهوم من الأصل المنصوص عليه، ولكان ذلك يتسع في أبواب العبادات.

ولما لم نجد ذلك كذلك، بل على خلافه، دل على أن المقصود الوقوف عند ذلك المحدود، إلا أن يتبين بنص أو إجماع معنى مراد في بعض الصور، فلا لوم على من تبعه، لكن ذلك قليل، فليس بأصل، وإنما الأصل ما عم في الباب، وغلب في الموضع"[2].

وفهم المسألة في حجمها الحقيقي هذا، بعد استقرائها في الأدلة التفصيلية التي جاء فيها ذكر التقديرات، قد قاد الإمام الشاطبي إلى وضع قاعدة عامة تبين العلاقة بين التقدير والتعليل، الذي هو أساس القياس، وذلك حين يقول:

"كلّ دليل شرعي ثبت في الكتاب مطلقاً غير مقيد، ولم يجعل له قانون ولا ضابط مخصوص فهو راجع إلى معنى معقول وُكِلَ إلى نظر المكلف، وهذا القسم أكثر ما تجده في الأمور العادية التي هي معقولة المعنى، كالعدل والإحسان والعفو...

---

(١) الغزالي، المستصفى، ص٣٢٦.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ج٢ص٣٠١- ٣٠٢.

وكل دليل ثبتت فيه مقيداً غير مطلق، وجعل له قانون وضابط، فهو راجع إلى معنى تعبدي لا يهتدي إليه نظر المكلف لو وُكِلَ إلى نظره، إذ العبادات لا مجال للعقول في أصلها فضلاً عن كيفيتها، وكذلك العوارض الطارئة عليها، لأنها من جنسها، وأكثر ما يوجد في الأمور العبادية"[1].

مما يذكر هنا أن بعض الأصوليين من الشافعية وغيرهم قد درج على أن يعارض مذهب الحنفية في عدم جريان القياس في المقدرات بإيراد فروع فقهية من مذهبهم، تناقض أصلهم هذا[2].

وقد أجاب الإمام السرخسي عن ذلك بقوله: "إنما أردنا بها قلنا: المقادير التي تثبت لحق الله ابتداء، دون مقدار يكون فيها يتردد بين القليل والكثير، والصغير والكبير، فإن المقادير في الحدود والعبادات، نحو أعداد الركعات في الصلوات مما لا يشكل على أحد أنه لا مدخل للرأي في معرفته، فكذلك ما يكون بتلك الصفة مما أشرنا إليه.

وأما ما استدللتم به فهو من باب الفرق بين القليل والكثير فيما يحتاج إليه، فإنا نعلم أن ابن عشر سنين لا يكون بالغاً، وأن ابن عشرين سنة يكون بالغاً، ثمّ التردد فيما بين ذلك، فيكون هذا استعمال الرأي في إزالة التردد، وهو نظير معرفة القيمة في المغصوب والمستهلك، ومعرفة مهر المثل...فإن للرأي مدخلاً في معرفة ذلك من الوجه الذي قلنا"[3].

وهذا الذي قاله الإمام السرخسي مهم من وجهين:

الأول: أن فيه تمييزاً واضحاً ودقيقاً بين ما هو من قبيل المقدرات -التي تثبت على

---

(١) المرجع السابق، ج٣ص٤٦.

(٢) انظر مثلا: الرازي، المحصول، ج٥ص٤٧٢. السبكي، الإبهاج، ج٣ص٣١.

(٣) السرخسي، أصول السرخسي، ج٢ص١١٢.

وجه واحد تشريعاً وتنزيلاً- وغيرها من أنواع التحديد التي يثبت أصلها في الشرع وتتعدد صورها عند التنزيل، وذلك من خلال تمييزه بين تحديد العقوبات والعبادات من جهة، وتحديد قيم المتلفات وما شابهها من جهة أخرى، وهذا يؤيد ما قدمته في تحرير محل النزاع.

الثاني: أن فيه دلالة واضحة على أن نفي القياس في المقدرات، لا يعني بالضرورة نفيه في التحديد التنزيلي، إذ للرأي والاجتهاد مدخل كبير فيه على ما سيأتي بيانه إن شاء الله[1].

المطلب الرابع: مصادر أخرى

أذكر تحت هذا المطلب مصدرين اختلف الأصوليون في عدهما من مصادر التشريع الإسلامي، وهذان المصدران هما: قول الصحابي، والاستصحاب.

أولاً: قول الصحابي:

اختلف الأصوليون[2] في حجية هذا المصدر من مصادر التشريع الإسلامي اختلافاً كبيراً، فمن قائل: إنه حجة مطلقاً، فيقدم على غيره من المصادر التي مردها الرأي، ومن قائل: إنه ليس بحجة مطلقاً، وثالثٍ متوسط بين هذا وذاك، قائل إنه حجة ولكن بشروط.

ولم يقف الاختلاف عند هذا الحد، بل تعداه في نسبة هذه الأقوال إلى الأئمة المجتهدين، فالإمام الشافعي مثلاً، نُسب إليه القول بالحجية في قوله القديم دون

---

(١) انظر المبحث الثاني من هذا الفصل، ص٢٢٢ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) انظر: الغزالي، المستصفى، ص١٦٨. الآمدي، الإحكام، ج٤ص١٥٥. السبكي، الإبهاج، ج٣ص١٩٢.

الجديد، وعلى هذا تبعه جمهور الشافعية من الأصوليين[١]، ولكن نقل عنه أيضاً نصوص تبين أن مذهبه واحد، سواء في قديمه وجديده، ففي كتاب الأم - وهو الحاوي لنصوص أقواله الجديده- ما يبين أنه يأخذ بقول الصحابي إذا لم يكن له مخالف، فإن كان اختار أقربها من الكتاب والسنة[٢].

والمسألة التي تعنينا هنا بشكل مباشر، ما نص عليه بعض علماء الأصول[٣]، وكثير من علماء الحديث[٤]، من أن قول الصحابي فيما لا مدخل للرأي فيه يكون في حكم المرفوع، وأن هذا القدر خارج عن محل النزاع في أصل حجية قول الصحابي.

فإذا كان الأمر كذلك فإنه يتخرج لدى الباحث على ما ثبت في المطلب السابق من القول بعدم إمكان إثبات التقديرات بالقياس وما إليه من صنوف الاجتهاد بالرأي -يتخرج على ذلك أن قول الصحابي في المقدرات يعتبر حجة معتبرة، وهذا ما نص عليه بعض الفقهاء[٥] والأصوليين[٦]، بل إن فقهاء الحنفية جعلوا ذلك قاعدة عامة، فقالوا: "الأثر في المقدرات كالخبر"[٧].

---

(١) انظر المراجع السابقة.

(٢) انظر: الشافعي، الرسالة، ص٥٩٨. ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٤ص١٢٠-١٢١.

(٣) انظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج٢ص١١٠. ابن بدران، المدخل، ص٢٩٠. الجصاص، الفصول، ج٢ص١١٠.

(٤) انظر في أقوال أئمة الحديث: السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، تدريب الراوي (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، د.ط، د.ت) ج٢ص١٩٤.

(٥) انظر: الشرواني، عبد الحميد، حاشية على تحفة المحتاج (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت) ج٢ص٣٧٩.

(٦) انظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج٢ص١١٠. ونسبه السيوطي -في تدريب الراوي ج٢ص١٩٠- للرازي.

(٧) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٢ص١٤٢، ج٨ص٤٣٦. وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧ص١١٢.

ثانياً: الاستصحاب:

الاستصحاب عند الأصوليين هو استدامة إثبات ما كان ثابتاً، أو نفي ما كان منفياً"[1]، وهذا يعني إبقاء الحكم الشرعي الثابت في محل ما، نفياً كان هذا الحكم أو إثباتاً، إلى أن يقوم دليل معتبر على تغيره إلى حكم آخر.

والـذي يظهر من هذا التعريف، ومما ساقه الأصوليون في هذا الباب "أن الاستصحاب ليس في ذاته دليلاً فقهياً مستقلاً، ولا مصدراً من مصادر الاستنباط، ولكن إعمال لدليل قائم، وإقرار لأحكام ثابتة لم يحصل تغيير فيها"[2].

إلا أن هذا لا يمنع الاستفادة منه في التحديد التشريعي، وهذا يظهر من خلال القواعد التي بنيت على الاستصحاب، وفيما يلي بيان ذلك[3]:

١- "ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله"، وفي معناها: "الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه".

فهذه القاعدة تفيد بأن التحديد متى ثبت يقيناً في مستحق من المستحقات، لا يجوز الحكم بتغيره لطروء شك عليه أو احتمال، فلو ثبت لشخص مثلاً ملك في عقار معلوم الحدود، فإن ملكه يثبت في تلك الحدود حتى يقوم دليل على الزيادة أو النقص بسبب شرعي صحيح.

٢- "الأصل براءة الذمة":

فهذه القاعدة تفيد بأن الأصل خلو ذمة الإنسان من أي مستحق من المستحقات،

---

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج١ ص٣٣٩.

(٢) أبو زهرة، أصول الفقه، ص٣٠٣.

(٣) انظر في هذه القواعد وما تحتها: السيوطي، الأشباه، ص٣٧. ابن نجيم، الأشباه، ص٤٧.

وبالتالي عدم ورود تحديد يلزمه الإتيان به أو العمل بمقتضاه، فإذا ثبت المستحق ثبت تحديده آنذاك.

ولذا جعل الفقهاء من فروع هذه القاعدة: إذا اختلف الغاصب والمالك في تحديد قيمة العين المغصوبة بعد تلفها في يد الغاصب ولا بينة لأحدهما، فإن القول للغاصب بيمينه لأنه الغارم والأصل براءة ذمته مما زاد.

المبحث الثاني: مصادر التحديد التنزيلي

تمهيد:

التحديد التنزيلي هو: ذلك التحديد الذي ينشأ من تطبيق قاعدة تشريعية من قواعد التحديد على مستحق ثبت دخوله ضمن نطاق هذه القاعدة. وقبل الشروع في بيان مصادره المختلفة لا بد لي أن أشير إلى مميزات هذا النوع من التحديد وهي الأمور التالية:

إن هذا النوع من التحديد -بوصفه حكماً شرعياً- قد ثبت أصله في الشرع بخطاب موجه إلى عموم المكلفين، ارتبط فيه التحديد بجنسٍ أو نوعٍ من أنواع المستحقات لا بعين واحدة منها، ثم إنه لم يكتسب صورته النهائية "التطبيقية" إلا بعد تنزيله على مستحق معين مشخص.

ثم إن هذا التحديد تحديد خاص من جهتين: الأولى: من جهة أنه متعلق بمستحق بعينه، وهو ذلك المستحق الذي تم تنـزيل النص التشريعي عليه، الثانية: من جهة أنه بتعلقه بذلك المستحق قد أكسبه تمايزاً عن غيره مما لا يصح أن يدخل فيه.

كما إن هذا التحديد لا يمكن أخذه -في أغلب الحالات- من النص مباشرة، بل لا بد فيه من معرفة الأوصاف المؤثرة في الحكم، والقائمة في المستحق الذي يراد تحديده، ليستدعي إليها التحديد التشريعي المناسب تطبيقه عليه، وهذا نوع من أنواع الاجتهاد.

وهذه المميزات تقود إلى الإشارة إلى قضيتين، هما:

أولاً: إن عمل المجتهد -ومن قام مقامه- عند إبانة التحديد التنـزيلي ليس على سنن واحد، فهو يختلف تبعا لنوع المستحق الذي يراد تنـزيل التحديد التشريعي عليه، فإن كان المستحق من قبيل المقدرات، لم يكن للمجتهد شأنٌ في الزيادة على الحد

المذكور في النص، ولا في النقص منه، بل يكون نظره منصباً على تحري حصول الاستحقاق، فإن تمَّ انسحب عليه التحديد التشريعي بلا كلفة منه.

وأما إن كان المستحق من غير المقدرات، أي من النوع الذي يثبت تحديده بنص ويترك بيان كميته وكيفيته إلى النظر، فإن عمل المجتهد عندئذٍ يكن أولاً إثبات الاستحقاق، وثانياً بيان هذه الكمية أو الكيفية، على ضوء المصادر المعتبرة في ذلك، وهي التي أريد بحثها وبيانها في هذا المبحث.

ثانياً: إن هذا النوع من التحديد مرده -حسب اصطلاح الأصوليين- إلى تحقيق المناط[1]، الذي مرده إلى النظر العقلي المحض[2]، فهو الذي يمكِّن المجتهد من معرفة مدى تناول النص للوقائع التي يجري فيها الاجتهاد، إذ ما من "لفظ من ألفاظ الشارع إلا وتنقسم الأشياء بالإضافة إليه إلى ثلاثة أقسام: منها ما يعلم قطعاً خروجه منه، ومنها ما يعلم قطعاً دخوله فيه، ومنها ما يتشابه فيه الأمر، ويكون تحقيق ذلك مدركاً بالنظر... وهو على التحقيق تسعة أعشار نظر الفقه"[3].

ومثل هذا النظر لا بد له من مقدمتين[4]: الأولى: هي المقدمة الشرعية التي أسميناها بالتحديد التشريعي، والثانية: هي المقدمة العقلية، وعندئذٍ تلزم النتيجة التي هي هنا التحديد التنـزيلي.

وهذه المقدمات العقلية - أو كما يسميها الإمام الغزالي "الأصول"[5]- هي التي

---

(١) يقول ابن قدامة: "تحقيق المناط نوعان: أولهما: لا يعرف في جوازه خلافاً، ومعناه أن تكون القاعدة الكلية متفقاً عليها، أو منصوصاً عليها، ويجتهد في تحقيقها في الفرع..." وهذا المعنى هو المقصود هنا. انظر: روضة الناظر، ج٢ص٢٧٧.

(٢) انظر: الغزالي، محمد بن محمد، أساس القياس (الرياض: مكتبة العبيكان، د. ط، ١٤١٣هـ) ص٤٠.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر: المرجع السابق. الغزالي، المستصفى، ص٢٨١. السبكي، الإبهاج، ج٣ص٨٢. الشاطبي، الموافقات، ج٣ص٤٣.

(٥) انظر: أساس القياس، ص٤٠.

يدور عليها الكلام في هذا المبحث، ومعرفتها لا تقل أهمية عن معرفة الأصول الشرعية، في سبيل إنتاج تحديدٍ لمستحق من المستحقات.

يقول الإمام الغزالي في هذا الشأن: "وتلك الأصول التي تدرك النتيجة بها: تارةً تكون من اللغة فيما ينبني على الاسم، كما في الأيمان والنذور، وجملة من أحكام الشرع، وتارة تبنى على العرف والعادة، كما في المعاملة...وتارةً تبنى على محض النظر العقلي، كالنظر في اختلاف الأجناس والأصناف، فإنه لا يعرف ذلك إلا بإدراك المعاني العارضة، الخارجة عن الماهية، وذلك من أدق مدارك العقول...وتارة تبنى على مجرد الحس...وتارة على النظر في طبيعة الأشياء وجبلتها وخاصيتها الفطرية...، فهذه خمسة أصناف من النظريات، وهي: اللغوية، والعرفية، والعقلية، والحسية، والطبيعية، وفيه أصناف أخر يطول تعدادها"[1].

وهذا الذي ذكره الإمام الغزالي -على نفاسته- فيه إجمال واختصار، كما أن فيه عموماً من جهة ما نحن بصدده، وهذا ما سيعمل الباحث عل تلافيه في تناول هذه المصادر، ضمن مطالب هذا المبحث التي خصص كل واحد منها لبيان مصدر من هذه المصادر.

المطلب الأول: العرف

العرف في اصطلاح الفقهاء والأصوليين: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول"[2] أو "ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل"[3].

---

(١) انظر: المرجع السابق، ص٤٠-٤٣.

(٢) الجرجاني، التعريفات، ص١٩٣، وانظر قريباً منه ابن عابدين،محمد أمين، مجموعة رسائل ابن عابدين/ شذا العرف (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ط، د. ت) ج٢ص١١٢.

(٣) خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه (الكويت: دار القلم، ط٢٠، ١٤٠٦هـ) ص٨٩.

وهذا يدل على أن العرف في حقيقته: فعلٌ أو قول جرى بين الناس على هيئة مخصوصة أو دلالة معينة، بحيث صارت تلك الهيئة أو تلك الدلالة هي المألوف من ذلك الفعل أو القول.

وهذا العرف -كشأن غيره من أفعال المكلفين- إما أن يكون مؤيداً بالشرع، أو مصادماً له، أو مسكوتاً عنه بالخصوص وإن كان معتبراً من حيث الجملة، وهذا الأخير هو المقصود هنا، لأن المؤيد بالشرع حجيته من حجية الشرع، في حين أن المصادم له لا عبرة به، مهما طغى وانتشر بين الناس عملاً وقبولاً، إذ عمل الناس مجرداً ليس بحجة في دين الله بالغاً ما بلغ.

والاحتجاج بهذا النوع من العرف، مما سار عليه الفقهاء والأصوليون من لدن الجيل الأول إلى يومنا هذا، يقول الإمام القرافي "أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك"(1)، وحسبنا أن نعلم أن الإمام البخاري -رضي الله عنه- قد أجرى لذلك باباً في صحيحه فقال: "باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والميزان وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة"(2)، ثم ذكر تحته أحاديث وآثاراً تدل على اعتبار العرف في الشرع جملةً.

يقول الإمام الشاطبي في بيان أنواع العرف: "العوائد المستمرة ضربان: أحدهما: العوائد الشرعية التي أقرها الشرع أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها فعلاً وتركاً، والضرب الثاني: هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي.

---

(1) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص١٤٤، نقلاً عن الزحيلي، محمد، النظريات الفقهية (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٤هـ) ص١٧١.

(2) الباب رقم ٩٥ من كتاب البيوع، ج٢ ص٧٦٩.

فإما الأول: فثابت أبداً كسائر الأمور الشرعية...فلا تبديل لها، وإن اختلفت آراء المكلفين فيها، فلا يصح أن ينقلب الحَسَن فيها قبيحاً، ولا القبيح حسناً.

وأما الثاني: فقد تكون تلك العوائد ثابتة وقد تتبدل، ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها...فالثابتة لا إشكال في اعتبارها والبناء عليها، والحكم وفقها دائماً...والمتبدلة منها ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبح، وبالعكس...ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد، فتنصرف العبارة عن معنىً إلى معنى عبارة أخرى...ومنها ما يختلف في الأفعال في المعاملات ونحوها...ومنها ما يختلف بحسب أمور خارجة عن المكلف كالبلوغ فإنه يعتبر فيه عوائد الناس...وقد يكون الاختلاف من أوجه غير هذه، ومع ذلك فالمعتبر فيها من جهة الشرع أنفس تلك العادات، وعليها تتنزل أحكامه، لأن الشرع إنما جاء بأمور معتادة جارية على أمور معتادة..."[1].

والذي يدقق النظر في العرف، وفي كيفية استخدام الفقهاء له من أجل الوصول إلى الأحكام، يخرج بنتيجة مقتضاها أنه ليس مصدراً مستقلاً من مصادر التشريع، كالنص أو الإجماع، وذلك للأسباب التالية[2]:

أولاً: ما سبق ذكره من أن العرف المعتبر إما أن يكون معتبراً بخصوصه أو عمومه من قِبل الشارع أو لا يكون، وما كان كذلك فليس بدليل مستقل، وإنما هو تابع.

ثانياً: إن هذا العرف إنما "يرجع إلى أحد الأدلة المتفق عليها، كالإجماع عند الاتفاق

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج٢ص٢٨٥.

(٢) انظر: خلاف، علم أصول الفقه، ص٩١. الأشقر، نظرات في أصول الفقه، ص١٧٩. الزحيلي، النظريات الفقهية ص١٧٥. الحسن، خليفة با بكر، الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين (القاهرة: مكتبة عابدين، ط١، ١٤٠٧هـ) ص٤٧.

عليه وإقراره من المجتهدين، أو إلى المصلحة المرسلة لرعاية العرف لمصالح الناس وتحقيق منافعهم، أو إلى التعليل الذي يعتمده الحنفية في القياس عند اعتبار الأوصاف المناسبة المؤثرة..."[1].

ثالثاً: إن الأحكام التي تبنى على العرف الذي لم يتعرض له الشارع، ليس لها صفة الثبات غالباً، بل هي متغيرة تبعاً لتغير العرف الذي بنيت عليه، فلو كان العرف دليلاً مستقلاً لَمَا قَبِل النسخ بعد عهد الرسالة.

وهذه الأسباب مجتمعةً تؤيد كون العرف بمثابة المقدمة النظرية التي يستند إليها بجانب المقدمة النقلية في سبيل الوصول إلى حكم شرعي لواقعة بعينها.

أما علاقة العرف بخصوص التحديد، فيظهر من خلال المواضع التي يجرى فيها العرف، وهذه المواضع هي[2]:

١-معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية، فهذا النوع من الأوصاف القائمة بمحل الحكم الشرعي، قد جعله الشارع سبباً لبعض الأحكام التكليفية، غير أن نص الشارع قد أوردها مطلقة دون حدّ يُعرف به المعتبر دون غيره، ومن هنا كان لا بد للمكلف أن يرجع إلى العرف لتمييز ذلك، وإجراء ما يتطلبه كلٌّ من أحكام، وقد مثل الفقهاء لهذا النوع من الأوصاف بالكبر والصغر، والغلبة والندرة، والقرب والبعد، والكثرة والقلة، والكفاءة، والمثلية...في المواضع التي وردت فيها غير محددة.

٢- معرفة المقادير التي وصفت في النصوص وصفاً عاماً، لا يمكن ضبطه بمقدار حدي إلا بالرجوع إلى ما جرى عليه الطبع، وذلك كالحيض والطهر وأكثر الحمل واليأس...إلخ.

---

(١) الزحيلي، النظريات الفقهية، ص١٧٥-١٧٦.

(٢) هذه المواضع ذكرها ابن حجر العسقلاني في فتح الباري، ج٤ص٤٠٦. نقلاً عن القاضي حسين من الشافعية.

٣- معرفة فعل غير منضبط يترتب عليه حكم من الأحكام الشرعية، وهذا مثل النوع الأول، إلا أن الأول وصف وهذا فعل، ومن الأمثلة على هذا النوع: إحياء الموات، والإذن في الضيافة ودخول بيت قريبٍ، وما يعد قبضاً وإيداعاً وانتفاعاً في أبواب المعاملات.

٤-معرفة أمر مخصوص لا تمكن معرفته إلا من جهة العرف كألفاظ العقود والأيمان، ومقادير المكاييل والموازين والنقود، ومهر المثل، وثمن المثل...وما شابهه من أنواع المستحقات.

وهذه المواضع الأربعة قد جمعها الإمام السيوطي بقوله: "كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه و لا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف"[1]، وما هذا كله إلا لأن الرجوع إلى العرف والعوائد الجارية في شأن التحديد التنـزيلي وغيره من تنـزيلات الأحكام مما لا بد منه، إذ "لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع، وذلك أن الخطاب إما أن يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلف به، أو لا.

فإن اعتبر فهو ما أردنا، وإن لم يعتبر فمعنى ذلك أن التكليف متوجه على العالم والقادر، وعلى غير العالم والقادر، وعلى من له مانع، ومن لا مانع له، وذلك عين تكليف ما لا يطاق..."[2].

---

(١) السيوطي، الأشباه، ص٦٩. وانظر قريباً منه في المعنى: ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه (الرياض: مكتبة ابن تيمية، د.ط، د.ت) ج٢٩ص٢٢٧. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢٤.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ج٢ص٢٨٨ بتصرف يسير.

المطلب الثاني: المصلحة

المصلحة عند الأصوليين هي: "جلب منفعة أو دفع مضرة"[1]، وهذا تعريف لها من حيث هي هي، إذ إنها تطلق عندهم أيضاً على الفعل المؤدي إليها، سواءٌ كانت جلب منفعة أو درء مفسدة، وهذا ما جعل بعضهم يعرفها بأنها "وصف للفعل يحصل به الصلاح...دائماً أو غالباً للجمهور أو للآحاد"[2]، وكل هذا يدل على أن نظر الأصوليين للمصلحة ليس بالنظر المجرد، فهم يبحثون عما سبيله العمل والتكليف، وهذا من شأنه إثبات التلازم بين المصلحة وما يفضي إليها عند البحث والتأمل.

والمصلحة عندما تبحث فقهاً أو أصولاً، لا يخرج البحث فيها عن أحد مواطن ثلاثة[3]: الأول: البحث فيها كأساس للتشريع، أي إثبات أن الله تعالى بحكمته، قد جعل إقامة شريعته، وأحكامه في الناس سبباً لتحصيل مصالحهم، ودفع الضرر عنهم في دنياهم وأخراهم. الثاني: البحث فيها كأساس لتفسير النصوص، وهذا مبني على ما تقرر في الموطن السابق، فإذا ورد نص من الشارع، استبطن المجتهد تلك النتيجة، عند محاولة فهمه ومعرفة دلالاته، ليستخرج منه الأحكام التي لا تناقض مقصود الشارع العام، كما هو الشأن في مقصودة الخاص المستمد من النصوص الأخرى، أما الموطن الثالث: فهو البحث فيها كدليل شرعي عند عدم النص في واقعة من الوقائع. وما أتناوله في هذا المطلب يقع ضمن الموطن الأخير، وفيما يلي بيان ذلك:

عند الحديث عن المصلحة هنا قد يتبادر للذهن ابتداءً ألا دور لها في إثبات

(١) الغزالي، المستصفى، ص١٧٤.

(٢) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص١٩٢.

(٣) انظر: حسان، حسين حامد، فقه المصلحة وتطبيقاته (جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط١، ١٤١٤هـ) ص٢٣.

التحديد، وذلك لأن المتنازِعِين -ظاهراً- في حجية المصلحة، قد أخرجوا من محل النزاع ما يتعلق بالعبادات والمقدرات[1]، لكن هذا المتبادر غير صحيح بإطلاقه إذا استحضرنا التفريق بين المقدرات وغيرها من التحديدات، فالأولى لا مجال للرأي فيها، وأما الثانية فلا غنى لها عن الرأي -ومن ضمنه الأخذ بالمصلحة- في تنـزيلها على أرض الواقع.

فإذا بان موضع البحث، فلن أبدأ بالخوض في حجية المصلحة في الأحكام الشرعية عموماً، وخاصة أن موضع النزاع فيها وهو ما يسمى بالمصلحة المرسلة، أو المناسب المرسل، أو الوصف الذي ليس له شاهد بالإلغاء أو الاعتبار، أو الاستدلال ...إلخ، قد أثبت بعض الأصوليين قديماً وحديثاً أنه غير متصور الوجود، يقول الإمام الغزالي: "والصحيح أن الاستدلال ...في الشرع لا يتصور حتى نتكلم فيه بنفي أو إثبات، إذ الوقائع لا حصر لها، وكذا المصالح، وما من مسألة تفرض إلا وفي الشرع دليل عليها إما بالقبول أو بالرد، فإنا نعتقد استحالة خلو واقعة عن حكم الله تعالى...فكل مصلحة تتخيل في كل واقعة محتوشة بالأصول المتعارضة، لا بد أن تشهد الأصول لردها أو قبولها، وأما تقدير جريانها غفلاً لا يلاحظ أصلاً، فمحال تخيله..."[2].

ويقول الشيخ مصطفى شلبي "وأكبر الظن عندي أن هذا النوع من المناسب لا يوجد في كلام الأئمة بعد أن عرفنا أنه المناسب الذي ليس له أصل معين، ولم يثبت عن الشارع اعتبار جنسه ولو بعيداً، وكيف يتصور ذلك من مجتهد تأثر بجو الشريعة، وخبر مصالحها، ووقف على حقائقها، معتقداً أن اجتهاده يوصله في النهاية إلى ما يظن

---

(١) انظر: شلبي، مصطفى، تعليل الأحكام (بيروت: دار النهضة العربية، ط٢، ١٤٠١هـ) ص٢٨٢، ٢٨٧-٣٠٣.

(٢) الغزالي، المنخول، ص٣٥٩-٣٦١.

أنه حكم الله في موضع اجتهاده"[1].

و أما من ناحية التطبيق فإننا نجد الإمام القرافي يقول:" وأما المصلحة المرسلة، فالمنقول أنها خاصة بنا (أي المالكية) وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين، لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي حينئذ في جميع المذاهب"[2]، وهو بهذا يقول ما قاله الإمام الزركشي في البحر المحيط من "أن العلماء في جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة، ولا معنى للمصلحة المرسلة إلا ذلك"[3].

وإذا ما انتقلنا بالحديث إلى دائرة من صرح بحجيتها مصدراً لمعرفة الأحكام، فإننا نجدهم يقررون أن الاستدلال بها إنما ثبت بناءً على استقراء أحكام الشريعة، فبه قد ثبت مراعاتها لمصالح الناس في عاجل أمرهم وآجله، حتى غدا ذلك أصلاً لا تمكن مناقضته بحال.

يقول الإمام الشاطبي: "كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته، فهو صحيح يبنى عليه، ويرجع إليه، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع المحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها...، ويدخل تحت هذا الضرب: الاستدلال المرسل...، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين، فقد شهد له أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعياً قد يساوي الأصل المعين، وقد يربو عليه بحسب قوة

---

(١) شلبي، تعليل الأحكام، ص٢٩٩.

(٢) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط٢، ١٤١٤هـ) ص٣٩٤.

(٣) الزركشي، محمد بن بهادر، البحر المحيط (الكويت: وزارة الأوقاف، ط٢، ١٩٩٢م) ج٥ص٢١٥.

الأصل المعين وضعفه..."[1].

ويقول الإمام العز في هذا الشأن أيضاً: "ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيه إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فَهم نفس الشرع يوجب ذلك"[2].

وهذا الأصل -كما هو ظاهر أصل عام، بل إنه غاية في العموم، فكيف يمكن للمجتهد أن ينـزل هذا العموم على خصوص واقعة من الوقائع التي لا نص فيها؟ لقد فرض الإمام الشاطبي هذا التساؤل من قبل ثم أجاب عليه بقوله: "إن الأصل الكلي إذا انتظم في الاستقراء، يكون كلياً جارياً مجرى العموم في الأفراد، وكونه يجري مجرى العموم في الأفراد لأنه في قوة اقتضاء وقوعه في جميع الأفراد، ومن هنالك استنباطه، لأنه إنما استنبط من أدلة الأمر والنهي الواقعين على جميع المكلفين، فهو كلي في تعلقه، فيكون عاماً في الأمر به، والنهي عنه للجميع"[3]، ويقول أيضاً: "إن المجتهد إذا استقرَى معنىً عاماً من أدلة خاصة، واطرد له ذلك المعنى، لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن، بل يحكم عليها -وإن كانت خاصة- بالدخول تحت المعنى المستقرَأ من غير اعتبار بقياس أو غيره، إذا صار ما استقرَى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة، فكيف يحتاج إلى صيغة خاصة بمطلوبه ؟!"[4].

فمجموع هذه النصوص الأصولية يدل على الأخذ بالمصلحة فيما لا نص فيه، إنما

(١) الشاطبي، الموافقات، ج١ص٣٩.

(٢) عز الدين، عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، د. ت) ص١٦٠.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ج١ص٤١، بتصرف يسير.

(٤) المرجع السابق، ج٣ص٣٠٤، بتصرف يسير.

هو من قبيل فقه التنـزيل لا من قبيل فقه التشريع، ولا فرق بينه وبين تنـزيل النصوص التشريعية، إلا من ناحية الكيفية التي يثبت بها المنَزَّل، فهو في باب النصوص معنى عام ثبت بدليل خاص، وفي باب المصلحة معنى عام ثبت بمجموع الأدلة.

أما وجه العلاقة بين هذه المصلحة المستنبطة وخصوص التحديد التنـزيلي فيظهر لاحقاً لهذا التنـزيل العام، وذلك عندما يراد تحويل الحكم الثابت بموجب هذا الاجتهاد إلى كيفية أو كمية مضبوطة يستبين بها لآحاد المكلفين حدود ما يستحقون وما لا يستحقون.

فعندها لا بد من تجديد النظر المعتمد على المصلحة -وهي هنا ذات المصلحة التي راعاها الاجتهاد؛ حتى لا يلزم التعارض- في سبيل إبراز حكم تطبيقي، يغلب على الظن أن إجراء الأمور عليه، كفيلٌ بتحقيق المصلحة المرجوة آنفاً، وكفيلٌ أيضاً بمراعاة مصالح أخرى قد تجتمع في نفس الموضع. وأزيد الأمر وضوحاً بعرض المثال التالي:

يذكر بعض الأصوليين في معرض التمثيل للأحكام التي أخذت من المصلحة مسألة مقتضاها "إذا خلا بيت المال وارتفعت حاجة الجند، وليس فيه ما يكفيهم، فللإمام أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافياً لهم في الحال، إلى أن يظهر مال في بيت المال، أو يكون ما يكفي... ووجه المصلحة: أن الإمام العادل لو لم يفعل ذلك لضعفت شوكته، وصارت الديار عرضة للفتن واستيلاء الطامعين فيها..."(١)، وهنا نجد أن المقدار الذي يوظفه الإمام في أموال الأغنياء محدد تحديداً إجمالياً، بكونه كافياً في رفع الحاجة الواقعة، ومثل هذا التحديد لا يمكن أن ينزل على الواقع مباشرة لانعدام الضبط فيه، فكان لا بد من نظر جديد معتمد على ذات المصلحة التي روعيت

(١) أبو زهرة، أصول الفقه، ص٢٨٦. وانظر: الشاطبي، الاعتصام، ج٢ص٣٩٨.

في الحكم، من أجل الخروج بحد معلوم مفهوم، كأن يكون نسبة تؤخذ من رأس المال أو من الغلة، أو مبلغاً مقطوعاً يفرض على جميع القادرين...إلى غير ذلك مما تمكن حسبته، ويمكن العمل به.

ومثل هذا التحديد يكون ضمانةً لتحقيق المصلحة التي شرع من أجلها الحكم، وضمانة لعدم إساءة استعمال السلطة التي منحت بموجب هذا الحكم، وضمانة لعدم انقلاب المصلحة مفسدة، وما يلزم عن ذلك من مناقضة مقصود الشارع، ومثل هذا كله مما ينبغي صيانة التشريع عنه.

المطلب الثالث: قول أهل الخبرة

الأصل في اعتبار قول أهل الخبرة في الأحكام الشرعية قوله تعالى: ﴿ فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ۝٧ ﴾ [الأنبياء: ٧]. يقول الإمام السرخسي: "وما يشكل على القاضي، فإنما يرجع فيه إلى من له بصر في هذا الباب، كما في قيم المتلفات، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ ﴾"(١)، ويقول الأستاذ الدريني: "وأما الخبرات والمعارف التي تدخل في عناصر تشكيل الحكم الاجتهادي، أي مما يتوقف عليه استنباطه على وجه صحيح، ولكنها «معارف» تخرج عن دائرة العلوم الشرعية بالنسبة إلى المجتهد، فكانت من غير مادة الاختصاص...فهذه يمكن أن يسأل عنها أهل الاختصاص، عملاً بقوله تعالى: ﴿ فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ۝٧ ﴾ فالتعاون العلمي مفروض بنص هذه الآية الكريمة"(٢).

وموضع اعتبار قول أهل الخبرة أظهر ما يكون في تحقيق المناط، الذي يندرج فيه التحديد التنـزيلي، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "قد يتعلق الاجتهاد بتحقيق

(١) السرخسي، المبسوط، ج٩ص٧٣. وانظر أيضاً: ج١٣ص١١٠ منه.

(٢) الدريني، بحوث مقارنة، ج١ص٦٤.

المناط، فلا يُفتقر في ذلك إلى العلم بمقاصد الشارع، كما أنه لا يفتقر فيه إلى معرفة العربية، لأن المقصود من هذا الاجتهاد إنما هو العلم بالموضوع على ما هو عليه، وإنما يفتقر فيه إلى العلم بما لا يعرف ذلك الموضوع إلا به، من حيث قصدت المعرفة به، فلا بد أن يكون المجتهد عارفاً ومجتهداً من تلك الجهة التي ينظر فيها، ليتنـزل الحكم الشرعي على وفق ذلك المقتضى، كالمحدِّث العارف بأصول الأسانيد وطرقها...فهذا يعتبر اجتهاده فيما هو عارف به، وكذلك القارئ في تأدية وجوه القراءات، والصانع في معرفة عيوب الصناعات، والطبيب في العلم بالأدواء، والتاجر في معرفة قيمة السلع ومداخل العيوب فيها، والعاد في صحة القسمة، والماسح في تقدير الأرضين ونحوها، كلّ هذا وما أشبهه مما يعرف به مناط الحكم"[1].

والذي يتتبع كلام الفقهاء يجد أنهم يحيلون الحكم في كثير من المسائل والفتاوى إلى قول "أهل الخبرة" من أصحاب المعارف والعلوم، وبخاصة الأطباء، وكذا أصحاب المهن والحرف المختلفة، ويجعلون من قولهم المرجع في الحكم على الواقعة محل البحث، وذلك لأن الأحكام الشرعية إنما تبنى على علل وأوصاف، متى قامت بالمحل استحق المحل الحكم الذي تستلزمه، وإدراك المجتهد أو من قام مقامه من مفتٍ أو قاضٍ لجميع هذه الأوصاف في جميع المحلات غير ممكن عادة، فكان لا بد من الاستعانة بمن تمرس ذلك حتى غدا خبيراً به، فيسأله عن الواقعة التي تدخل ضمن نطاق تخصصه وعن مدى توفر الأوصاف والمعاني الشرعية فيه، ليجري على كلّ واقعة ما يناسبها من أحكام.

وهذا -كما هو ظاهر- ينطبق على جميع الأحكام التشريعية عندما يراد تنـزيلها على الوقائع المختلفة، مما يعوز الفقيه إلى النظر الدقيق المتخصص في محل الحكم في كثير من الأحيان، فهو ينطبق على أحكام التحديد التشريعي وما ينتج عنها من تحديد تنـزيلي

---

(١) الشاطبي، الموافقات، ج٤ص١٦٥-١٦٦.

إذا كان بمثل هذا الوصف، على أنني أود الإشارة إلى أمرين لهما علاقة بخصوص التحديد، وهما:

١-إن إرجاع الحكم في التحديد التنـزيلي لبعض المستحقات إلى حكم أهل الخبرة، لا يكون بسبب ضرورة معرفة الحكم على حقيقته وحسب، بل يكون التزاماً بالنص الخاص فيها أيضاً، وذلك كما في معرفة جزاء الصيد[1] الوارد في قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [المائدة: ٩٥]، ومعرفة ما يلزم الزوجين حال الشقاق والنزاع غير المستبين[2]، الوارد في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآۗ ﴾ [النساء: ٣٥].

٢-إن بعض مصادر التحديد، لا يختص المجتهد ومن قام مقامه في معرفتها، بل لا بد له أن يرجع إلى أهل الخبرة في ذلك، وهذا ظاهر في العرف، وخاصة إذا كان عرفاً خاصاً بأهل محلةٍ أو صنعةٍ، وفي المصلحة وما يتفرع عنها من وجوه دقيقةٍ ومتشعبة.

المطلب الرابع: الفعل الذي نشأ عنه الاستحقاق

من أسباب ثبوت المستحقات كما هو معروف ما يسمى في الاصطلاح الفقهي المعاصر: "الواقعة الشرعية البشرية"[3]، وهي تلك الوقائع التي تنسب إلى الإنسان وفعله، والتي حقيقتها أعماله المادية نافعةً كانت أو ضارةً.

---

(١) انظر في تفصيل المسألة: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٦ص٣١٠. الطبري، جامع البيان، ج٧ص٤٠. ابن رشد، بداية المجتهد، ج١ص٢٨١.

(٢) انظر في تفصيل هذه المسألة: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥ص١٧٤. السرخسي، المبسوط، ج٢١ص٦٢. الشافعي، أحكام القرآن، ج١ص٢١٠.

(٣) انظر ص١٦٨ من هذه الرسالة.

وهذه الأفعال التي يباشرها المكلف فتكون سبباً لثبوت الاستحقاق، لا بد من الرجوع إليها أيضاً في كثير من الأحيان، لمعرفة حدود المستحق الذي ثبت بموجبها لهذا المباشر أو عليه، مما يستلزم النظر في كلّ فعل على حدة، ليستبين التحديد التنـزيلي الذي يبتغيه المجتهد ومن قام مقامه، مما يكسب هذا المصدر ميزةً خاصة لا تقوم في غيره من مصادر التحديد الأخرى، إذ مقتضاه الرجوع لأمر ذاتي قائم في سبب الاستحقاق، لا إلى أمر خارج عنه، على أنني لا أعني هنا نوع الفعل الذي أتاه المكلف، فالرجوع إليه ضرورة كلّ تشريع، وإنما أعني معنىً أخص من ذلك، وهو"كمية الفعل" التي تعرف من الآثار التي أحدثها الفعل في محله.

والذي يظهر للباحث أن الفعل بهذا المعنى يعتبر مصدراً لمعرفة التحديد في الحالات التالية[1]:

١- إذا أنشأ هذا الفعل حقاً من الحقوق بعد أن لم يكن موجوداً، وكانت حدود المستحق -بحكم الشرع فيها- تتبع مقدار ما أتاه الفاعل من فعل، ومن ذلك مثلاً: إحراز المباحات، والأخذ بالشفعة، فبمقدار ما يحرز المكلف تكون حدود المال المملوك له، وبمقدار ما يبيع الشريك من حصته تكون حدود المال الذي يصح لشريكه أن يشفع فيه.

٢- إذا كان في هذا الفعل تفويتٌ -لا يقره الشرع- لحق الغير، وكانت حدود المستحق الثابت بموجبه للغير تتبع مقدار الضرر اللاحق به، بمعنى أن المسألة تبنى على التماثل، كمن أتلف مال شخص، أو قبضه بغير وجه حق، فإنه يجب عليه رد مثله أو قيمته بحسب ما يقتضيه الحال، وبذا تكون حدود المستحق الثابت في ذمته تابعةً لمقدار ما أتلف أو قبض.

---

(١) راجع ما سبق بيانه في هذه المسائل عند بحث أسباب ثبوت المستحقات ص ١٤٩-١٦٢.

٣- إذا كان في أداء هذا الفعل نفعاً للغير، بحيث يجوز للنافع أن يرجع على المنتفع بمقدار انتفاعه، كما في الفضالة العملية، فإن حدود المستحق الثابتة في ذمة المنتفع تكون تابعة لمقدار الفعل الذي أتاه الفضولي.

المطلب الخامس: سلطان ولي الأمر

الأصل في اعتبار سلطان ولي الأمر في الشرعيات قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ ﴾ [النساء: ٥٩] ، وأولو الأمر كما جاء في التفسير هم العلماء والحكام[1]، على أنني أعني هنا ولي أمر المسلمين العام ومن قام مقامه في شأن خاص كالحكام والقضاة.

وسلطان ولي الأمر كما هو معروف مقيد ابتداءً بعدم الأمر بمعصية، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام :"الطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"[2]، وقوله: "إنما الطاعة في المعروف"[3].

فإذا كان الأمر كذلك، فإن تكييف الأحكام الصادرة عن ولي الأمر بموجب نظره وسلطته، لا يخرج عن أمور ثلاثة[4]، وهي:

١- أن يكون حكمه تطبيقاً مباشراً لنص من النصوص الشرعية على واقعة من الوقائع ثبت انطباقها عليها، وهنا يكون حكمه في الحقيقة تطبيقاً لحكم الشارع ليس أكثر.

---

(١) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥ص٢٦١. الطبري، جامع البيان، ج٥ص١٥٠.

(٢) رواه البخاري في الصحيح كتاب الجهاد والسير، باب والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، رقم ٦٧٢٥.

(٣) رواه البخاري في الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، رقم ٦٧٢٦.

(٤) راجع هنا: مدكور، محمد سلام، نظرية الإباحة عند الفقهاء والأصوليين (القاهرة: دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٤م) ص٣٢٨-٣٤٣.

٢- أن يكون حكمه مبنياً على سلطة خولها الشارع له دون غيره من الناس، كما في إدارة شؤون الدولة، وتعيين أصحاب الولايات العامة، وتقدير العقوبات التي لا نص فيها...إلى غير ذلك، فهنا يكون حكمه راجعاً إلى نظره ومعرفته، وليس عليه قيد إلا تحري المصلحة، عملاً بمقتضى القاعدة الفقهية التي تقول: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"(١). يقول الأستاذ الدريني: "إن التشريع السياسي الإسلامي قد وضع سلطات تقديرية واسعة في يد ولي الأمر العادل، يعالج بها الأمور، ويدبر بها شؤون الدولة، على ضوء المصالح الحيوية، والحقيقية للدولة، مهما تغيرت الظروف، ولو لم يرد بتلك التدابير نصوص خاصة بها عيناً، أو انعقد عليها إجماع أو قياس خاص، ما دامت متفقة وروح التشريع، ولا تنافي أساسياته ومقاصده، لأن تلك المصالح تمثل العدل والحق فيه"(٢).

٣- أن يكون حكمه مبنياً على كونه مجتهداً من المجتهدين، عند توفر شروط الاجتهاد فيه، وهنا يكون حكمه إما تشريعاً فيما لا نص فيه، أو يكون من قبيل تحقيق المناط، وعلى كلا الحالين لا بد له من الالتزام بمصادر وضوابط كلا الاجتهادين، إلا أن اجتهاده هنا يختلف عن اجتهاد بقية المجتهدين، بأن له صفة الإلزام، فإن الأئمة قد "اتفقوا على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم...إلا إذا كان مخالفاً لدليل قاطع"(٣)، وفي هذا المعنى جاءت القاعدة الفقهية: "حكم الحاكم يرفع الخلاف"(٤).

---

(١) السيوطي، الأشباه، ص٨٣. ابن نجيم، الأشباه، ص١٠٤.

(٢) الدريني، محمد فتحي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٢هـ) ص١٩٢.

(٣) الآمدي، الإحكام، ج٤ص٢٧٣.

(٤) انظر: الزركشي، المنثور، ج٢ص٦٩. السيوطي، الأشباه، ص٧٢. ابن نجيم، الأشباه، ص٩٠.

وهذه الاعتبارات الثلاثة لحكم الحاكم، يدخل فيها التحديد دخول غيره من الأحكام الشرعية، فحكم الحاكم بالاعتبار الأول يجعل من التحديد واقعاً ملزماً في حياة الناس، إذا لم ينصرفوا إلى إقامته من تلقاء أنفسهم، وحكمه بالاعتبار الثاني يدخل فيه التحديد الذي مرده إلى المصلحة ، وأما حكمه بالاعتبار الثالث فيدخل فيه سائر أنواع التحديد بحسب ما يقتضيه الاجتهاد في كلّ منها.

المطلب السادس: ما يرجع إلى المكلف

هذا المطلب مخصص لتناول مجموعة من الأمور، التي لها دور كبير في التوصل إلى التحديد التنـزيلي، وما يجمع بين هذه المصادر أنها تعود جميعاً إلى المكلف، فهو منشأها ومردها، وهذه المصادر هي: نظر المكلف، وعادته، وحاله، ولفظه، ونيته.

نظر المكلف:

الأصل في اعتبار نظر المكلف عامة في الأحكام الشرعية -فيما أرى- قوله صلّى الله عليه وسلّم: "استفت قلبك! البر ما اطمأنت إليه النفس، واطمأن إليه القلب، والإثم ما حاك في النفس وتردد في الصدر، وإن أفتاك الناس وأفتوك"[1]. يقول الإمام ابن رجب في شرح هذا الحديث: "وأما ما ليس فيه نص من الله ورسوله، ولا عمن يقتدى بقوله من الصحابة وسلف الأمة، فإذا وقع في نفس المؤمن -المطمئن قلبه

---

(١) رواه الإمام أحمد في المسند ج٤ ص٢٢٨. و الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن، سنن الدارمي (بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٧هـ) في كتاب البيوع، باب دع ما يريبك، رقم ٢٥٣٣. وقال عنه النووي: "حديث حسن". انظر: الأربعون النووية وشرحها (القاهرة: المطبعة السلفية ومكتبتها، د.ط، د.ت) ص٥٢. والحديث له شواهد عديدة عن جمع من الصحابة، استقصاها ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم (بيروت: المكتبة العصرية، ط٢، ١٤١٥هـ) ص٢٧٣-٢٧٥.

بالإيمان، المنشرح صدره بنور المعرفة واليقين- منه شيء، وحاك في صدره بشبهة موجودة، ولم يجد من يفتي له بالرخصة...يرجع المؤمن إلى ما حاك في صدره وإن أفتاه هؤلاء المفتون...وقد نص الإمام أحمد على مثل هذا أيضاً"[1].

وأما ما يتعلق بخصوص العلاقة بين نظر المكلف هذا، وبين التحديد التنزيلي، فقد أبان عنه الإمام الشاطبي بقوله:

"كلّ دليل شرعي ثبت في الكتاب غير مقيد، ولم يجعل له قانون ولا ضابط مخصوص، فهو راجع إلى معنىً معقول، وُكِلَ إلى نظر المكلف، وهذا القسم أكثر ما تجده في الأمور العادية، التي هي معقولة المعنى، كالعدل والإحسان والعفو والصبر والشكر في المأمورات، والظلم والفحشاء والمنكر والبغي ونقض العهد في المنهيات..."[2].

ثمّ يقول في بيان كيفية تنزيل مثل هذه الأمور منازلها: "كلّ خصلة أمر بها أو نهي عنها مطلقاً دون تحديد ولا تقدير، فليس الأمر أو النهي فيها على وزان واحد في كلّ فرد من أفرادها...إلا أن مجيئها في القرآن على ضربين:

أحدها: أن تأتي على العموم والإطلاق في كلّ شيء[3]، وعلى كلّ حال[4]، لكن بحسب كلّ مقام، وعلى ما تعطيه شواهد الأحوال في كلّ موضع، لا على وزان واحد، ولا على حكم واحد، وكل ذلك إلى نظر المكلف فيزن بميزان نظره، ويتهدي لما هو اللائق والأحرى في كلّ تصرف، آخذاً ما بين الأدلة الشرعية، والمحاسن العادية...

---

(١) ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص٢٧٨.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ج٣ص٤٦.

(٣) دراز: أي من المناطات والأمور التي تتعلق بها.

(٤) دراز: أي لم يفرق في النص عليها بين حال المأمور والمنهي وحال آخر.

فقول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَـٰنِ﴾ [النحل: ٩٠]، ليس الإحسان فيه مأموراً أمراً جازماً في كلّ شيء، ولا غير جازم في كل شيء بل ينقسم بحسب المناطات، ألا ترى أن إحسان العبادات بتمام أركانها من باب الواجب، وإحسانها بتمام آدابها من باب المندوب...فلا يصح إذاً إطلاق القول في قوله تعالى هذا: أنه أمر إيجاب أو أمر ندب حتى يفصل الأمر فيه، وذلك راجع إلى نظر المجتهد تارةً، وإلى نظر المكلف - وإن كان مقلداً- تارةً أخرى بحسب ظهور المعنى وخفائه.

والضرب الثاني: أن تأتي في أقصى مراتبها، ولذلك تجد الوعيد مقروناً بها في الغالب، وتجد المأمور به منها أوصافاً لمن مدح الله من المؤمنين، والمنهي عنها أوصافاً لمن ذمّ اللهُ من الكافرين. ويعين ذلك أيضاً أسباب التنزيل لمن استقرأها، فكان القرآن آتياً بالغايات تنصيصاً عليها، من حيث كان الحال والوقت يقتضي ذلك، ومنبِّهاً بها على ما هو دائر بين الطرفين، حتى يكون العقل ينظر فيما بينهما بحسب ما دلَّه دليل الشرع، فيميز بين المراتب بحسب القرب والبعد من أحد الطرفين، كي لا يسكن إلى حالة هي مظنة الخوف لقربها من الطرف المذموم، أو مظنة الرجاء، لقربها من الطرف المحمود تربية حكيم خبير...فإذا كان الطرفان مذكورين كان الخوف والرجاء جائلاً بين هاتين الأخيَّتين[1] المنصوصتين في محلٍ مسكوتٍ عنه لفظا منبَّهٍ عليه تحت نظر العقل، ليأخذ كل على حسب اجتهاده ودقة نظره، ويقع التوازن من أحد الطرفين والبعد من الآخر.

وأيضاً فمن حيث كان القرآن آتياً بالطرفين الغائبين حسبما اقتضاه المساق، فإنما أتى بهما في عبارات مطلقة تصدق على القليل والكثير؛ فكما يدل المساق على أن المراد أقصى

---

(١) "الأَخِيَةَ و الأَخِيَّةُ، والآخِيَّة، بالمدّ والتشديد، واحدة الأَواخي: عُودٌ يُعَرَّض في الحائط ويُدْفَن طَرَفاه فيه ويصير وسَطه كالعُرْوة تُشدُّ إِليه الدابَّة" ابن منظور، لسان العرب، مادة أخا. وهي هنا كناية عن الحد الذي لا يتجاوز.

المحمود أو المذموم في ذلك الإطلاق،كذلك قد يدل اللفظ على القليل والكثير من مقتضاه، فيزن المؤمن أوصافه المحمودة فيخاف ويرجو، ويزن أوصافه المذمومة فيخاف أيضاً ويرجو.

مثال ذلك أنه إذا نظر في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [النحل: ٩٠]، فوزن نفسه في ميزان العدل عالماً أن أقصى العدل الإقرار بالنعم لصاحبها وردها إليه ثم شكره عليها، وهذا هو الدخول في الإيمان والعمل بشرائعه، والخروج عن الكفر واطراح توابعه، فإن وجد نفسه متصفاً بذلك فهو يرجو أن يكون من أهله ويخاف أن لا يكون يبلغ في هذا المدى غايته، لأن العبد لا يقدر على توفية حق الربوبية في جميع أفراد هذه الجملة، فإن نظر بالتفصيل فكذلك أيضاً، فإن العدل كما يطلب في الجملة يطلب في التفصيل، كالعدل بين الخلق إن كان حاكماً والعدل في أهله وولده ونفسه، حتى العدل في البدء بالميامن في لباس النعل ونحوه، كما أن هذا جار في ضده وهو الظلم فإن أعلاه الشرك بالله ﴿إِنَّ ٱلشِّرۡكَ لَظُلۡمٌ عَظِيمٞ﴾ [لقمان: ١٣] ثم في التفاصيل أمور كثيرة أدناها مثلاً البدء بالمياسر، وهكذا سائر الأوصاف وأضدادها، فلا يزال المؤمن في نظر واجتهاد في هذه الأمور حتى يلقى الله وهو على ذلك.

فلأجل هذا قيل: إن الأوامر والنواهي المتعلقة بالأمور المطلقة ليست على وزان واحد، بل منها ما يكون من الفرائض أو من النوافل في المأمورات ومنها ما يكون من المحرمات أو من المكروهات في المنهيات لكنها وكلت إلى أنظار المكلفين ليجتهدوا في نحو هذه الأمور"[1].

عادة المكلف:

غالباً ما يبحث الفقهاء والأصوليون المسائل التي تتعلق بالعادة ضمن بحث

(١) الشاطبي، الموافقات، ج٣ص١٣٥-١٤٤.

العرف، وذلك لما جرى عليه أغلبهم من أن العرف والعادة شيء واحد[1]، لكن البعض الآخر منهم يرى أن بين العرف والعادة عموم وخصوص مطلق، إذ "العادة أعمّ من العرف، لأن العادة تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف"[2]، وهذا هو الذي أميل إليه، ولذا فالمقصود هنا هو العادة الفردية دون غيرها.

والسبب في التفرقة بين العادة والعرف هنا، ما حصل لي من تتبع كلام الفقهاء في هذا الشأن[3]، إذ وجدت أنهم يفرقون بين العرف والعادة الفردية في أمرين:

أولهما: في بعض الشروط التي توضع لاعتبارهما، فالعرف مثلاً يشترط فيه العموم والشمول، الذي يستفاد من فعل الجمهور المتكرر، في حين أن العادة لا يشترط فيها إلا الثبوت، ولو بمرةٍ في بعض المسائل[4].

ثانيهما: المواضع التي يؤخذ بكل واحد منهما، فالمرأة مثلاً في مسائل الحيض ترد غالباً إلى عادتها الثابتة من نفسها لا إلى عرف النساء في بلدها، وفي باب المهر والكفاءة يعتبر في شأنها العكس، ومثل هذا كثير.

أما ما يتعلق بأثر العادة في التحديد، فالذي يظهر لي أن العادة معتبرة في التحديد التنزيلي في حالتين:

---

(١) انظر: ابن نجيم، الأشباه، ص٥٩. ابن عابدين، مجموعة الرسائل، ج٢ص١١٢. حيدر، شرح المجلة، ج١ص٤٥.

(٢) الزرقا، المدخل، ج٢ص٤٨١. وانظر أيضاً: شلبي، مصطفى، المدخل إلى الفقه الإسلامي (بيروت: الدار الجامعية، ط١٠، ١٤٠٥هـ) ص٣٠٤.

(٣) انظر المراجع السابقة.

(٤) انظر: الزركشي، المنثور، ج٢ص٣٥٩. النفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤٠٥هـ) ج١ص١٢٠. ابن نجيم، الأشباه، ص٨٠.

الأولى: في كلّ موضع ردّ الشارع المكلف فيه إلى عادته، دون عادة غيره من الناس، كما في المستحاضة ترد إلى عادتها في تحديد مدة الحيض[1]، وكما في تحريم صوم يوم الجمعة[2]، وصوم يوم أو يومين قبل رمضان[3]، فإن ذلك محدود بعدم موافقة عادة اعتادها الصائم في صيامه.

الثانية: في معرفة دلالة لفظ صدر عن المكلف، وكان له فيه عادة خاصة، ولم يتعلق به حق لازم لآخر، كما في ألفاظ الوقف والوصية والأيمان والنذور[4].

حال المكلف:

النظر إلى حال المكلف وإلى خصوص ما قام به من أوصاف مؤثرة في الحكم الشرعي، يعد من الأمور المعتبرة عند تنـزيل الأحكام الشرعية على محلاتها، وفي هذا المعنى يقول بعض الأصوليين: "الحكم إذا ما صار معلوماً بضابط، فتحقيق الضابط في كلّ محل يحتاج إلى اجتهاد"[5].

والسبب في ذلك أنه "ليس من المعقول ولا من المقبول شرعاً، أن يحكم على واقعة

---

(١) كما جاء في الحديث الذي رواه البخاري في الصحيح، كتاب الحيض، باب الاستحاضة، رقم ٣٠٠.

(٢) كما جاء في الحديث الذي رواه مسلم في الصحيح، كتاب الصوم، باب كراهية صوم يوم الجمعة منفرداً، رقم ١١٤٤.

(٣) كما جاء في الحديث الذي رواه الترمذي في السنن، كتاب الصوم، باب ما جاء لا تقدموا الشهر بصوم، رقم ٦٨٤.

(٤) انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٣ ص٥٠. ابن مفلح، محمد بن مفلح المقدسي، الفروع (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ) ج٤ ص٤٥٤. ابن نجيم، الأشباه، ص٨٠. الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ) ج٤ص١٨٠.

(٥) الغزالي، المستصفى، ص٢٩١.

معينة بحكم واحد، مهما اختلفت ظروفها وملابساتها، لأن لهذه الظروف تأثيراً في نتائج التطبيق، مع ما عرف من أن نتائج التطبيق في كثير من الأحيان، تصبح هي الدليل في تكييف العمل بالمشروعية وعدمها، تبعاً لنوعها من المنفعة أو المضرة، بقطع النظر عن حكم أصل الفعل"(١).

وقد أطلق الإمام الشاطبي على اعتبار حال المكلف في تنـزيل الأحكام الشرعية اسم "المناط الخاص"(٢)، وذلك لأنه يرى أن تحقيق المناط ضربان: عام، وهو الذي في حقيقته "نظر في تعيين المناط من حيث هو لمكلف ما"(٣) بحيث يستوي جميع المكلفين في هذا النظر وما يتبعه من أحكام. وخاص، وهو الذي حقيقته "نظر في كلّ مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية"(٤) أي أنه "النظر فيما يصلح بكل مكلف في نفسه، بحسب وقت دون وقت، وحال دون حال، وشخص دون شخص"(٥).

وكي لا يُفهم أن تحقيق المناط الخاص معناه إفراد كلّ شخص بشريعة، أو التفريق بين المكلفين في الخطاب الشرعي الذي من صفته العموم، وإنما هو تحقيق لقصد الشارع من ذلك الخطاب تحقيقاً دقيقاً تراعى فيه أخص الأوصاف والمعاني -نرى أن الإمام الشاطبي نبه إلى أمر مهم في سياق بيانه لتحقيق المناط الخاص، وهو العلاقة بين تحقيق المناط العام، وتحقيق المناط الخاص، فقال:

"فكأنه (أي: المجتهد) يخص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق، لكن مما

---

(١) الدريني، بحوث مقارنة، ج١ص١٣٤ بتصرف يسير.

(٢) انظر: الشاطبي، الموافقات، ج٣ص٨٤، ج٤ص٢٩٨، ١٩٨، ٣٠١.

(٣) المرجع السابق، ج٤ص٩٨.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

ثبت عمومه في التحقيق الأول العام، ويقيد (أي: المجتهد) به ما ثبت إطلاقه في الأول، أو يضم قيداً أو قيوداً لما ثبت له في الأول بعض القيود"[1]، وهذا يعني أن الحكم الخاص الذي يثبت هنا لا يصح أن تُتجاوز به دائرة الحكم العام بحال من الأحوال، مما ينفي احتمالات التغيير والتبديل والإسقاط، إلى غير ذلك مما لا يصح في باب الأحكام الشرعية.

والأدلة على اعتبار هذا النوع من التحقيق شرعاً كثيرة[2]، وقد ساق الإمام الشاطبي جملةً عديدة منها، ومن ذلك "أن النبي صلّى الله عليه وسلّم سئل في روايات مختلفة عن أفضل الأعمال، وخير الأعمال، وعرف بذلك في بعض الأوقات دون سؤال، فأجاب بأجوبة مختلفة، كلّ واحد منها لو حمل على إطلاقه لاقتضى مع غيره التضاد في تفصيله ...وهذا يدل على أن التفصيل ليس بمطلق، ويشعر إشعاراً ظاهراً بأن القصد إنما هو بالنسبة إلى وقت أو حال السائل"[3].

ومنها أيضاً أن النبي ﷺ "قد دعا لأنس بكثرة المال فبورك له فيه، وقال لثعلبة بن حاطب حين سأله الدعاء بكثرة المال: "قليل تؤدي شكره خير من كثير لا تطيقه""[4]، إلى غير ذلك من الروايات التي لا يمكن الجمع بينها إلا بتقدير المناط الخاص للأحكام التي جاءت فيها.

---

(١) المرجع السابق، ج٤ص٩٨-٩٩.

(٢) انظر أيضاً: الدريني، بحوث مقارنة، ج١ص١٤٠-١٤٣.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ج٣ص٩٩-١٠٠.

(٤) المرجع السابق، ص١٠٠.وحديث أنس رواه البخاري، كتاب الصوم، باب من زار قوماً فلم يفطر عندهم، رقم ١٨٨١. وحديث ثعلبة رواه الطبراني في الكبير، ج٨ص٢١٨، والبيهقي، أحمد بن الحسين، شعب الإيمان (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٠هـ) ج٤ص٧٩. وقد ضعفه ابن حجر في الفتح ج٣ص٢٦٦..

أما ما يتعلق بخصوص تأثير حال المكلف في التحديد التنزيلي، فظاهر من أمرين:

الأول: النصوص التشريعية التي أمرت صراحة بمراعاة حال المكلف، عند تحديد بعض المستحقات التي يجب عليه أداؤها، أو يحق له استيفاؤها، وأسوق على ذلك الأمثلة التالية:

١ - قوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٧﴾ ﴾ [الطلاق: ٧] ، فقد جاء في تفسيرها: "لينفق الزوج على زوجته وعلى ولده الصغير على قدر وسعه، حتى يوسع عليها إذا كان موسعاً عليه، ومن كان فقيراً فعلى قدر حاله، فتقدر النفقة بحسب الحالة من المنفق، والحاجة من المنفق عليه بالاجتهاد على مجرى حياة العادة، فينظر المفتي إلى قدر حاجة المنفَق عليه، ثمّ ينظر إلى حالة المنفِق، فإن احتملت الحالة أمضاها عليه، فإن اقتصرت حالته على حاجة المنفق عليه ردها إلى قدر احتماله، وقال الإمام الشافعي رضي الله عنه وأصحابه: النفقة مقدرة محددة...وتقديرها هو بحال الزوج وحده..."[١].

٢- قوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، يقول الإمام الطبري بعد أن ساق الأقوال في تفسير هذه الآية: "والصواب من القول في ذلك ما قاله ابن عباس ومن قال بقوله، من أن الواجب من ذلك -أي المتعة- للمرأة المطلقة -على الرجل- على قدر عسره ويسره...وفي إعلام الله -تعالى ذكره- عبادَه أن ذلك على قدر الرجل في عسره ويسره لا على قدرها وقدر نصف صداق مثلها ما يبين عن صحة ما قلنا... وذلك (أي التحديد) على قدر اجتهاد الإمام العادل، ثمّ إليه فيه"[٢].

---

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٨ص١٧٠. وانظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج٥ص٣٦١.

(٢) الطبري، جامع البيان، ج٢ص٥٣١-٥٣٢.

٣- حديث هند السابق ذكره، والذي فيه "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"(١).

٤- قوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق: ٦]. "أي: من سعتكم وطاقتكم، والوجد: القدرة...فإن كان موسَعاً عليه وسَّع عليها في المسكن والنفقة، وإن كان فقيراً فعلى قدر ذلك"(٢).

الثاني: النصوص التي دلت على عدم جريان أحكام الشرع المعتادة على المكلف إذا كان متلبساً ببعض الأحوال، كالمرض والسفر والفقر والغنى والقدرة وعدمها والنسيان والإكراه والخطأ والاضطرار...إلى غير ذلك من الأوصاف، التي قد تكون مؤثرة في جميع التكاليف وقد تكون مؤثرة في بعضها دون بعض.

على أن هذه الأحوال منها ما يؤثر في الاستحقاق أصلاً، فيكون مانعاً من ثبوت المستحق كالعجز في وجوب الحج، ومنها ما يؤثر في نوع المستحق كالمرض في وجوب الفدية بدل الصيام الواجب، ومنها ما يؤثر في تحديده أي في مقداره وكيفيته، كالسفر والمرض في الصلاة، والخطأ في الجنايات، والغنى في الزكاة...إلخ.

لفظ المكلف:

يعتبر لفظ المكلف من أهم المصادر التي يرجع إليها في تحديد المستحقات، وحسبنا أن نعلم أن مصدرين من مصادر ثبوت المستحقات الخمسة، وهما: العقد والتصرف الانفرادي، يقومان أساساً على لفظ المكلف، فهو المرجع الأساس فيما يترتب عليهما من حقوق والتزامات، والتي من ضمنها معرفة حدود المستحق.

والأصل في اعتبار لفظ المكلف في هذا الباب قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ

---

(١) انظر ص٨٨ من هذه الرسالة.

(٢) الشوكاني،محمد بن علي، فتح القدير (بيروت: دار الفكر، د. ط، د. ت) ج٥ص٢٤٥.

﴿ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١] ، إذ "ظاهره إلزام كلّ عاقدٍ موجب عقده ومقتضاه"[1]، وقوله عليه الصلاة والسلام "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"[2]، وهو في معنى الآية المتقدمة.

وأهمية الوقوف على اللفظ ومعرفة دلالاته تكمن في "أن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وبما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظٍ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها، ولم يحط بها علماً...فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم، وهذه قاعدة الشريعة، وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته"[3].

ولقد عني الفقهاء والأصوليون بمباحث الألفاظ ودلالاتها عناية كبيرة، سواءٌ في مباحثهم الأصولية، أو في مباحثهم الفقهية، إدراكاً منهم لأهمية هذا الأمر في ضبط معاملات الناس، وفي استقرارها[4].

هذا ما يتعلق بأصل اعتبار لفظ المكلف في الشرع عموماً، وأما ما يتعلق بكيفية

---

(١) الجصاص، أحكام القرآن، ج٥ص٢٢٣.

(٢) رواه الترمذي في "السنن" كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن النبي صلّى الله عليه وسلّم في الصلح بين الناس، رقم ١٣٥٢، وقال عنه: حديث حسن صحيح، لكن نوقش الترمذي في هذا التصحيح إذ في إسناده من لا يرتضى، وللحديث طرق أخرى "يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً" الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار (بيروت: دار الجيل، د.ط، ١٩٧٣م) ج٥ص٣٧٩.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج٣ص١٠٥.

(٤) انظر: أبو البصل، دراسات في فقه القانون، ص٥٢.

إعماله في تحديد المستحقات، فسأرجئ تفصيل الحديث عنه إلى الباب التالي، حيث سأتناوله باعتباره وسيلة من وسائل التحديد، وهذا أظهر فيه من اعتباره مصدراً من مصادره.

نية المكلف:

يتناول الفقهاء في مباحثهم النية باعتبارين:

الأول: باعتبارها جزءاً من أجزاء العمل، بحيث يجب على من يأتي عملاً -اعتبرت النية فيه ركناً- أن يأتي بها على وجه مخصوص دون غيره.

الثاني: باعتبارها أمراً يقوم بنفس المكلف عند مباشرته عملاً من الأعمال، فيتنزل ذلك العمل على مقتضى ما قام في نفسه.

وكلا هذين الاعتبارين مستفاد من قوله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئٍ ما نوى"[(١)]، فهنا جملتان: "الأولى: نبهت على أن العمل يتبع النية ويصحبها فيترتب الحكم (الإجزاء) على ذلك، والثانية: تقتضي أن العامل لا يحصل له إلا ما نواه"[(٢)]. وفي هذا المعنى يقول الإمام الزركشي: "النية تنقسم إلى نية التقرب، ونية التمييز، فالأولى تكون في العبادات، وهو إخلاص العمل لله تعالى، والثانية تكون في المحتمل للشيء وغيره"[(٣)].

والاعتبار الثاني هو الذي يهمني في هذا المقام بالذات، لأن النية بهذا الاعتبار تكون مرجعاً تتنزل عليه الأفعال والأقوال التي ظاهرها التماثل، فتختلف موجبات كلّ

---

(١) رواه البخاري في "الصحيح"، كتاب الوحي، باب كيف كان بدء الوحي، رقم ١.

(٢) ابن حجر، فتح الباري، ج١ص١٤.

(٣) الزركشي، المنثور، ج٣ص٢٨٥.

واحد منها تبعاً لما نواه الفاعل.

وأما عن خصوص تأثيرها في تحديد المستحقات فالذي يظهر لي أن النية تؤثر في تحديد المستحقات من خلال عملها في ثلاثة مجالات:

الأول: الألفاظ العامة والمطلقة في الأيمان والنذور ما شابهها، فقد اتفق الفقهاء[1] على أن النية تخصص العام في هذه الأبواب، على خلاف بينهم في تفصيل ذلك، وفي كونه معمولاً به ديانةً وقضاءً أو ديانةً فقط، وعلى ذلك فلو حلف إنسان مثلاً على أداء أمرٍ ما، وفي نيته تحديده بأخص مما دل عليه ظاهر لفظه، فإن المستحق يكون محدوداً بالأخص دون الأعم.

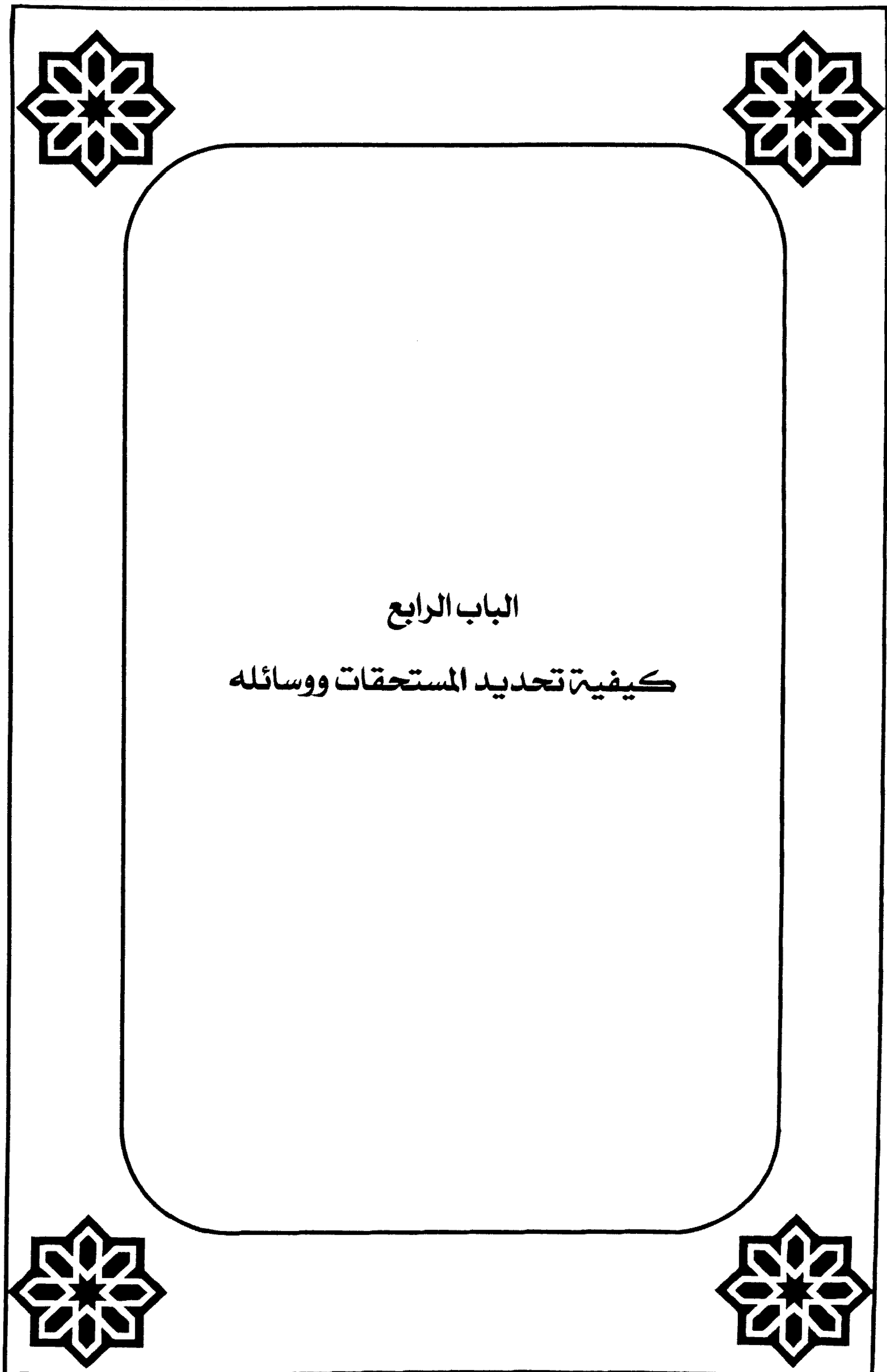
الثاني: تكييف الأفعال التي رتب الشارع عليها عقوبة من العقوبات، وما يتبع ذلك من اختلاف في المستحقات الثابتة بموجبها. فمن ارتكب جريمة القتل مثلاً عامداً متعمداً، فقد استحق القصاص، إلا أن يعفو ولي الدم طالباً الدية، وعندها يجب عليه أن يؤديها مغلظةً، ومن ارتكب الجريمة ذاتها مخطئاً لا يجب عليه وعلى عاقلته إلا دية مخففة، فاختلف المستحق في الصورتين تبعاً للنية وعدمها.

الثالث: تحديد المعقود عليه في بعض العقود، إذ يصح في مذهب الشافعية[2] وفي عقود خاصة كالخلع والنكاح أن يرجع إلى النية في تحديد المعقود عليه، وذلك على سبيل الاستثناء من بقية العقود.

---

(١) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٤ص١٨. الحطاب، التاج والإكليل، ج٣ص٢٧٨. الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط (القاهرة: دار السلام، ط١، ١٤١٧هـ) ج٥ص٣٥٤. ابن مفلح، المبدع، ج٩ص٢٨٦.

(٢) انظر: النووي، الروضة، ج٧ص٤٣٢. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص١٧.



الباب الرابع

كيفية تحديد المستحقات ووسائله

الباب الرابع

كيفية تحديد المستحقات ووسائله

تمهيد:

هذا الباب مخصص للبحث في قضيتين رئيسيتين من قضايا نظرية تحديد المستحقات: الأولى هي: كيفية تحديد المستحقات، والثانية هي: الوسائل التي يتم بها إيقاع هذا التحديد، وما يتعلق بكل منهما من مسائل ومباحث.

وقد جمعت بين هاتين القضيتين في باب واحد؛ لما بينهما من صلة وثيقة، إذ المقصود من بيان كيفية التحديد: بيان الطريقة المعتبرة شرعاً في إظهار أو تفسير الحدود الشرعية للمستحقات المختلفة، ولا يكون هذا إلا باستخدام الوسائل المناسبة للمستحقات المناسبة، وبحسن فهم هذه الوسائل وما تعبّر عنه من دلالات، وعليه فإن الوسيلة هي التي تدل وتعبر عن حدود المستحق، إذا استعملت بكيفية صحيحة وفي مستحق مناسب.

وقد خصصت لكل قضية من هاتين القضيتين، ولما يتعلق بها من مسائل، فصلاً خاصّاً أتناولها فيه.

الفصل الأول

كيفية تحديد المستحقات

تمهيد:

المقصود من كيفية التحديد هنا: الطريقة المعتبرة شرعاً في الإبانة عن حدود المستحق، وفي فهم الوسائل التي دلت على هذه الحدود. وهذا التعريف يقصد منه إثبات جملة من الأمور:

أولاً: إن أهمية هذا الموضوع تظهر في أن معرفة الكيفية العامة التي سلكها الشارع في الإبانة عن حدود المستحقات التي تولى تحديدها بنفسه، يعين في فهم وتفسير آحاد هذه التحديدات على الوجه الذي يحقق مقصد الشارع منها، كما أن معرفة الكيفية التي أمر الشارع بالتزامها عند إيقاع التحديد – الموكول إلى المكلف- أمر لابد منه أيضاً، لأن التحديد حكم شرعي كما تقرر، وهذا يلزم منه وجوب التزام كيفية معينة من قبل الشارع عند إيقاعه ابتداءً أو تفسيره لاحقاً.

ثانياً: البحث في كيفية التحديد يعني البحث في أمرين: الأول: كيفية التعبير عن الحدود، أي: الكيفية التي سلكها الشارع في التعبير عن حدود المستحقات التي تولى تحديدها بنفسه، والكيفية التي أمر بسلوكها عند التعبير عن حدود المستحقات في الحالات التي جعلها موكولة إلى إرادة المكلفين وفعلهم. الثاني: كيفية فهم الحدود، أي: الكيفية التي لابد من سلوكها في سبيل الوصول إلى فهمٍ صحيح للتحديد الذي سبق التعبير عنه من الشارع أو المكلف.

وهذان الأمران لا غنى لأحدهما عن الآخر، لأن سلوك كيفية معينة في التعبير عن التحديد، يعين في تفسير هذا التحديد لاحقاً، ويعين في تجنب الخطأ في تفسيره، كما أن فهم تحديد ما، لابد أن يُراعى فيه أسلوب الجهة التي أبانت عنه.

والذي يظهر لي هنا أن أفضل طريقة للبحث في «كيفية التحديد» تناولها من خلال أسباب ثبوت المستحقات، وذلك لتنوع هذه الكيفية بتنوع تلك الأسباب، ولذا فقد جاءت مباحث هذا الفصل مقسمةً بحسب هذه الأسباب.

المبحث الأول: كيفية تحديد المستحقات الثابتة بحكم الشرع

مقصود الباحث هنا بيان الكيفية التي سلكها الشارع في الإبانة عن حدود المستحقات، و بيان الكيفية التي لا بد من اتباعها عند تفسير هذه الحدود، وهذا ما سيتكفل به مطلبا هذا المبحث إن شاء الله تعالى.

المطلب الأول: بيان النصوص التشريعية لحدود المستحقات

أقصد بالنص هنا معناه العام، الذي هو "كلّ ملفوظ مفهوم المعنى من الكتاب والسنة..."[1]، و النصوص الشرعية هذه تختلف أساليبها في بيان حدود المستحقات بعضها عن بعض، فهي متفاوتة في ذلك كشأنها في بيان الأحكام الشرعية عامة.

بل إن أنواع البيان في القرآن والسنة تكتسب ميزة خاصة، عند تناولها من خلال النصوص التي جاء فيها ذكر التحديد، وذلك لقيام التحديد أساساً على البيان، وقيام البيان على الإعلام والإظهار[2]، الذي فسره بعض الأصوليين بأنه "تفسير الكيفية أو الكمية"[3] المطلوبة بالنص، ولذا كان التلازم بينهما وثيقاً لتضمن أحدهما في الآخر.

وإذا استعرضنا أنواع البيان في النصوص الشرعية كما يقررها الأصوليون، ثمّ أعدنا تناولها من خلال التحديد، فإنه يمكن الخروج بنتيجة مقتضاها أن التحديد في الكتـــاب والسنة يأتي على خمسة [4]وجوه:

---

(١) البزدوي، كشف الأسرار، ج١ص٤٧.

(٢) انظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج٢ص٢٦. الجصاص، الفصول، ج٢ص٦.

(٣) ابن حزم، علي بن أحمد، الإحكام في أصول الأحكام (القاهرة: دار الحديث، ط١، ١٤٠٤هـ) ج١ص٧٧.

(٤) انظر: المراجع السابقة. الشافعي، الرسالة، ص٢١. التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج٢ص١٧-١٨. الشاشي، أصول الشاشي، ص٢٤٥-٢٦٠. الزركشي، البحر المحيط، ج٢ص٤٨٠ وما بعدها. الغزالي، المنخول، ص٦٥-٦٨. بدران، أبو العينين بدران، بيان النصوص التشريعية: طرقه وأنواعه (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د. ط، ١٩٨٢م) ص٨٧-٢٢٤. الحسني، عبد الحكيم، الإجمال والبيان وأثرهما في اختلاف الفقهاء (القاهرة: د.م، د.ط، ١٩٨٢م).

الوجه الأول: التحديد الذي لا يحتاج إلى غيره لبيان المراد منه. وهذا هو أظهر أنواع التحديد لخلو البيان فيه عن الإشكال[1].

ومن الأمثلة عليه: قوله تعالى: ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ۗ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ۗ ﴾ [البقرة: ١٩٦].

ففي هذه الآية الكريمة تحديد للصيام الواجب على من حج متمتعاً ثم لم يجد الهدي، وقد بينت الآية الكريمة عدد أيام الصيام هذه، وأنها ثلاثة في الحج وسبعة بعد الرجوع منه، ثم أردفت ذلك ببيان مجموعها، و أنها عشرة أيام، فكان في هذا بيان لا يحتاج إلى مزيد إيضاح[2].

الوجه الثاني: التحديد الذي يتوقف فهم معناه على غيره. وهذا الوجه له ثلاث صور، تبعاً لما يتوقف المعنى عليه، وهي:

الصورة الأولى: التحديد الذي يتوقف أول الكلام فيه على آخره، وذلك عندما يكون في آخر الكلام تغييراً لما أوجبه أوله، وهذا يندرج فيما يسميه الأصوليون: "بيان التغيير"[3]، وهو يثبت حال وجود الاستثناء أو التعليق، كما يثبت بوجود التخصيص أو التقييد[4].

ومن الأمثلة على هذا النوع: قوله عليه الصلاة والسلام: "لا يحل لامرأة مسلمة

---

(١) هذا النوع يعد بياناً عند المحققين من الأصوليين، إذ ليس شرطاً لتسمية البيان بياناً أن يتقدمه إشكال. انظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج٢ص٢٧. الغزالي، المستصفى، ص١٩١-١٩٢.

(٢) انظر ما قاله الإمام الشافعي بخصوص البيان في هذه الآية. الرسالة، ص٢٦.

(٣) جاء في تعريف بيان التغيير أنه "تغيير للفظ من المعنى الظاهر إلى غيره" البزدوي، كشف الأسرار، ج٣ص٨٣٨.

(٤) انظر المرجع السابق.

تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاثة أيام، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً"[1]، فصدر الحديث يدل على حرمة الحداد فوق ثلاث مطلقاً، لكن الاستثناء غير هذا الحكم في حق الزوج فأوجبه أربعة أشهر وعشراً، وما ذلك إلا لتأثير الاستثناء في تغيير مدلول النص، بإخراج المستثنى من ظاهر حكم المستثنى منه وإجراء كلّ في محله.

الصورة الثانية: التحديد الذي يتوقف فهم معناه على نظر المجتهد، ورجوعه إلى مجموع النصوص التشريعية، ومراعاة حكمة التشريع وقصد المشرع... إلى غير ذلك مما يساعد على فهم الدلالة، وذلك عندما يكون النص مشتملاً على لفظ خفي[2] أو مشكل[3].

ومن الأمثلة على هذا النوع من التحديد ما جاء في قوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ففي هذه الآية الكريمة إيجاب لعدة المرأة المطلقة إن كانت من ذوات الحيض، وقد جاء تحديد المستحق فيها -وهو التربص- بكونه ثلاثة قروء، ولفظ القرء هذا من الألفاظ المشكلة، لأنه لفظ مشترك بين الحيض والطهر، ولا يمكن حمله على واحد منهما إلا بالنظر والاجتهاد، والاستعانة بالقرائن، والأدلة الخارجية، ولذا نرى الحنفية مثلاً عندما حملوه على الحيض،لم يثبتوا هذا المعنى ابتداء، أخذاً من اللفظ مباشرة، وإنما فعلوا ذلك بالاستعانة بأدلة أخرى ليس هذا

---

(١) رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب الكحل للحادة، رقم ٥٠٢٥.

(٢) الخفي: هو اللفظ الذي "اشتبه معناه وخفي مراده بعارض غير الصيغة لا ينال إلا بالطلب" ويقصد بالعارض هنا: وجود وصف زائد أو نقص وصف في بعض الأفراد التي يشملها اللفظ. انظر: البزدوي، كشف الأسرار، ج١ ص٥٢.

(٣) المشكل: هو "اللفظ الذي أشكل على السامع طريق الوصول إلى المعاني، لدقة المعنى في نفسه لا بعارض" المرجع السابق.

موضع بسطها[1]، ومثلهم في ذلك الجمهور عندما حملوا القرء على معنى الطهر.

الصورة الثالثة: التحديد الذي يتوقف فهم معناه على بيان من الشارع، وذلك عندما يكون في نص الشارع لفظ مجمَل[2]، ينطوي معناه على عدة أحوال وأحكام قد جمعت فيه، ولا يمكن معرفتها إلا بمبين[3]، من المجمِل، إذ لا مجال فيها للاجتهاد ولا للتأمل. والبيان الذي يلحق بهذه الصورة وبالتي قبلها، يسميه الأصوليون "بيان التفسير"[4].

ومن الأمثلة على هذه الصورة: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴿٢٤﴾ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴿٢٥﴾﴾ [المعارج: ٢٤ – ٢٥]، مع ما ورد في السنة النبوية من بيان للأصناف التي تجب فيها الزكاة، وتقدير للنصاب في كلّ منها، وبيان للمقدار الذي يجب إخراجه من كلٍّ منها، فقد جاءت الآية الكريمة بتحديد المستحق في مال من وجبت عليه الزكاة تحديداً مجملاً، لأن وصف "معلوم" يصدق على القليل والكثير، مما يوجب جهالة لا يمكن معها العمل بمقتضى النص، لكن لما لحق بهذا التحديد تحديد آخر من السنة النبوية كقوله عليه الصلاة والسلام "فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً العشر، وما سقي بالنضح نصف العشر"[5] -ارتفع الإجمال، وصار النص واضح الدلالة على التحديد.

---

(١) انظر: السرخسي، المبسوط، ج٦ص١٣. الكاساني، البدائع، ج٣ص١٩٣-١٩٤.

(٢) المجمل: هو اللفظ الذي "ازدحمت فيه المعاني واشتبه المراد منه اشتباهاً لا يدرك بنفس العبارة بل بالرجوع إلى الاستفسار ثمّ الطلب والتأمل" البزدوي، كشف الأسرار، ج١ص٤٥.

(٣) أبو زهرة، أصول الفقه، ص١٣١.

(٤) جاء في تعريفه أنه "بيان ما فيه خفاء من المشترك والمجمل ونحوهما" كالمشكل والخفي. انظر: البزدوي، كشف الأسرار، ج١ص٤٥.

(٥) رواه البخاري، كتاب الزكاة، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء، رقم ١٤١٢.

الوجه الثالث: التحديد الذي يفهم من الكلام ضرورة. الأصل في التحديد التشريعي أن يثبت بالألفاظ والعبارات الواردة من الشارع، إذ هي الموضوعة أصلاً للبيان، والتحديد نوع من البيان، ولكن -وفي بعض الأحيان- قد يؤخذ التحديد وغيره من الأحكام من غير الألفاظ والعبارات، فيؤخذ من سكوت الشارع، عند قيام قرينة تدل على إفادته ذلك، لأجل الضرورة، ومن هنا سمى الأصوليون هذا النوع من البيان "بيان الضرورة"(١).

ومن الأمثلة عليه هنا: قوله تعالى في إرث الوالدين إذا انفردا: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ بعد قوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ۚ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، فقد حددت الآية بشطريها ميراث الأب والأم بالسدس لكل واحد منهما عند وجود فرع للميت، وأنه إذا لم يكن له فرع وارث وكان الوالدان هما الوارثان فقط -كما تفيد جملة "وورثه أبواه"- يكون للأم ثلث التركة، وهذا الأخير منطوق الجملة الأولى بالنسبة لميراث الأم، أما نصيب الأب -في حال عدم وجود الفرع الوارث- فقد سكتت الجملة عن بيانه، ولكن حيث أوجب الله في صدر الكلام الشركة في الميراث بين الأب والأم بإضافة الإرث إليهما، ثمّ خص الأم بثلث التركة، كان هذا تحديداً لنصيب الأب، وهو ما بقي وراء الثلث، أي الثلثان، فكأنه قد قال -سبحانه وتعالى: فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ولأبيه الثلثان. وواضح أن هذا التحديد لم يحصل بمحض السكوت عن نصيب الأب، بل بدلالة صدر الكلام، فيكون نصيب الأب في حكم المنطوق، لأن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان(٢).

---

(١) جاء في تعريفه أنه "نوع من البيان يحصل بغير ما وضع له في الأصل" السرخسي، أصول السرخسي، ج٢ص٢٠.

(٢) انظر: بدران، بيان النصوص التشريعية، ص١٢٦.

ومما أرى إلحاقه بهذا النوع من التحديد، ما يذكره الأصوليون في باب الأمر، في مسألة هي: الأمر المجرد عن القرائن، هل يقتضي المرة أم التكرار؟ فقد ذهب المحققون منهم[1] إلى أن صيغة الأمر المجردة عن القرائن الدالة على المرة أو التكرار، لا تدل بذاتها على المرة ولا على التكرار، "إلا أنه لا يمكن تحصيل المأمور به بأقل من مرة، فصارت المرة من ضروريات الإتيان بالمأمور به، لا أن الأمر يدل عليها بذاته"[2].

الوجه الرابع: التحديد الذي قام الدليل على انتهاء العمل به، وهذا هو التحديد المنسوخ، الذي ثبت بدليل شرعي صحيح، ثمّ جاء دليل شرعي متراخٍ عنه فنسخ العمل به، بإثبات تحديد آخر في محله[3].

ومن الأمثلة على هذا النوع من التحديد، ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا ١٥﴾ [النساء: ١٥]، مع قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ﴾ [النور: ٢]، وقوله ﷺ: "خذوا عني! خذوا عني! قد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم"[4].

ففي الآية الأولى حددت عقوبة الزانية بالإمساك في البيوت إلى الموت، وقد كان

---

(١) انظر: الغزالي، المستصفى، ج١ص٢١٢. الآمدي، الإحكام، ج٢ص١٧٤. السرخسي، أصول السرخسي، ج١ص٢٠.

(٢) الشوكاني، إرشاد الفحول، ج١ص١٧٥.

(٣) اختلف الأصوليون في حد النسخ، هل هو بيان انتهاء زمان الحكم الأول، أم رفع الحكم الأول؟ والذين جعلوه من قبيل البيان سموه "بيان التبديل"، انظر: بدران، بيان النصوص التشريعية، ص٢١٥.

(٤) رواه مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنى، رقم ١٦٩٠.

هذا في بدء الأمر، ثمّ نسخ هذا التحديد بما جاء في القرآن والسنة لاحقاً، من أن عقوبتها الجلد مائة إن كانت بكراً، والرجم حتى الموت إن كانت محصنة، فكان التحديد الأخير هو الذي عليه العمل بدلاً من التحديد الأول[1].

الوجه الخامس: التحديد الذي أثبت الشرع أصله، وأحال في بيانه في كلّ مستحق واقعٍ إلى الاجتهاد؛ مراعاةً لاختلاف صور المستحق، وما يقتضيه اختلاف الأحوال والأزمنة والأمكنة، وهذا هو التحديد التنـزيلي.

يقول الإمام الشافعي في هذا النوع: " ومنه (أي البيان) ما فرض الله على خلقه الاجتهاد في طلبه، وابتلى طاعتهم في الاجتهاد، كما ابتلى طاعتهم في غيره مما فرض عليهم"[2]، ثمّ مثل عليه -بما يصلح في باب التحديد- إذ قال: "قال الله تبارك وتعالى: ﴿ وَمِنْ حَيْثُ خَرَجْتَ فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ۚ وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّوا۟ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُۥ ﴾ [البقرة: ١٥٠]، ففرض عليهم حيث ما كانوا أن يولوا وجوههم شطره، وشطره: جهته في كلام العرب... وقال الله تعالى: ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلنُّجُومَ لِتَهْتَدُوا۟ بِهَا فِى ظُلُمَٰتِ ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ ۗ ﴾ [الأنعام: ٩٧] ... فنصب لهم العلامات، ونصب لهم المسجد الحرام، وأمرهم أن يتوجهوا إليه، وإنما توجههم إليه بالعلامات التي خلق لهم، والعقول التي ركب فيهم، التي استدلوا بها على معرفة العلامات، وكل هذا بيان ونعمة منه جلّ ثناؤه"[3].

ويقول الإمام السرخسي: " وهو (أي الاستحسان) في لسان الفقهاء نوعان: العمل بالاجتهاد وغالب الرأي في تقدير ما جعله الشرع موكولاً إلى آرائنا نحو المتعة المذكورة في قوله تعالى: ﴿ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، أوجب ذلك بحسب اليسار والعسرة وشرط أن يكون بالمعروف فعرفنا أن المراد ما يُعرف

(١) انظر: الشافعي، أحكام القرآن، ج١ص٣٠٤. الجصاص، أحكام القرآن، ج٣ص٤٢، ج٥ص٩٤.

(٢) الرسالة، ص٢٢.

(٣) المرجع السابق، ص٣٤-٣٨ بتصرف يسير.

استحسانه بغالب الرأي. وكذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ولا يظن بأحد من الفقهاء أنه يخالف هذا النوع من الاستحسان..."[١].

والمصادر التي أحال الشارع إليها هنا هي مصادر التحديد التنـزيلي السابق ذكرها في الفصل الثاني من الباب السابق[٢].

المطلب الثاني: تفسير النصوص التشريعية الواردة في تحديد المستحقات

للفقهاء والأصوليين ثلاثة مناهج رئيسية في تفسير النصوص التشريعية عامة[٣]، كل منهج من هذه المناهج يقوم على أسس وضوابط هدفها استثمار النص واستجلاء دلالاته، في سبيل معرفة الأحكام الشرعية، التي دل عليها أو أشار إليها، وهذه المناهج هي: التفسير البياني، والتفسير التعليلي، والتفسير المقاصدي.

على أن هذه المناهج المذكورة ليست متباينة في حقيقة الأمر عند من يقول باعتبارها من الأصوليين المحققين، بل هي مناهج متضافرة لا غنى لواحد منها عن الآخر، وبيان ذلك أن "مناهج الأصوليين في الاجتهاد بالرأي (أي: في مجال النصوص، وهذا هو التفسير) لا تقف بالمجتهدين عند ظواهر المعاني اللغوية المتبادرة من النص، أو عند تفسيرهم للنص الذي يعتريه نوع من الخفاء في دلالته على معناه، بل إنهم يبذلون طاقتهم الفكرية- بما أوتوا من ملكات مقتدرة ومتخصصة- في استبطان معنى النص، ليبينوا الروح التي تهيمن عليه، فيستنبطوا معنى (أي: حكمة) ذلك المعنى الذي من أجله شرع النص.

(١) السرخسي، أصول السرخسي، ج٢ص٢٠٠.

(٢) انظر: ص٢١٧من هذه الرسالة.

(٣) انظر: مدكور، محمد سلام، مناهج الاجتهاد بالرأي (الكويت: جامعة الكويت، ط١، ١٩٧٣م) ص٣٩٥-٤٠٩.

وفضلاً عن استبطانهم لمعنى النص، وتحديدهم لإرادة الشارع منه، على ضوء من منطق اللغة وأسرارها في البيان، وعلى ضوء من ظروف التنزيل، أو أسباب النزول... فإن المجتهدين لا يقفون عند هذا الحد، بل يجاوزون ذلك إلى استثمار طاقات النص، في دلالته على كافة ما يحتمله من معانٍ بطرق الدلالات المشتقة من اللغة العربية وخصائصها في البيان، ومن تلك الطرق ما ينهض بحجيته " اللوازم العقلية" لما يفيده النص بعبارته، وفي ذلك مجال واسع للاجتهاد بالرأي في نطاق النص تحرياً لإرادة الشارع..."[1].

ومع هذا فإن التمييز بين هذه المناهج مما تقتضيه طبيعة البحث والتناول، فكل منهج له تأثيره الخاص في تفسير النصوص التشريعية عامة، وفي تفسير النصوص التي جاء فيها التحديد خاصة،ولذا سأعرض لأهم ملامح كل منهج منها، مع بيان أهم الآثار المترتبة عليه في هذا المجال.

أولاً: التفسير البياني:

يمكن تعريف هذا التفسير بأنه: إظهار الحكم المراد من النص بعد إثباته، ببيان ما أراد الشارع إدخاله من الوقائع في نطاق هذا النص، وما أراد إخراجه منه، دون خروج عن دائرة مفاد النص[2].

وهذا التعريف يدل على أن التفسير البياني إنما يدور في إطار النص لفظاً ومعنىً، دون

---

(١) الدريني، محمد فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي (بيروت: الشركة المتحدة للتوزيع، ط٢، ١٩٨٥م) ص٢٩.

(٢) هذا التعريف مستمد من تعريف الأستاذ مذكور للاجتهاد البياني، انظر: مناهج الاجتهاد، ص٣٩٦. وقارن مع: الدواليبي، محمد معروف، المدخل إلى علم أصول الفقه (الرياض: دار الشواف، ط١، ١٩٩٥م) ص٣٥٥. الزنكي، نجم الدين قادر، الاجتهاد في مورد النص (رسالة ماجستير غير منشورة، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، ، سنة ٢٠٠٠م) ص٣٢.

تطلع إلى علة النص أو المصلحة المستهدفة منه. وهذا النوع من التفسير، قد أشبعه الأصوليون بحثاً وتحليلاً في عدة مباحث من علم أصول الفقه، حيث بينوا جميع الكيفيات الممكنة للاستفادة من النص، سواء من جهة معناه، أو من جهة ألفاظه.

وحتى لا يكون كلامي هنا تكراراً لما يذكره الأصوليون في تلك المباحث، فسأقتصر على ذكر الدور الذي يمكن أن تؤديه المعرفة بمباحث هذا التفسير في فهم وإظهار التحديدات الواردة من قبل الشارع نصاً[١]. وذلك كالآتي:

الألفاظ الواضحة[٢] هي التي يستفاد منها التحديد، فيجب العمل بما دلت عليه هذه الألفاظ، كلاً في بابه وفيما دل عليه، وأما التحديد الذي تم التعبير عنه بلفظ خفي[٣]، فلا يجوز العمل به إلا بعد إزالة ما فيه من خفاء، وهذا قد يكون بالاجتهاد في تحقيق معنى اللفظ وما يدخل تحته من أفراد، أو بالاعتماد على القرائن الخارجية المساعدة لفهم النص، أو بالبحث عن بيان آخر من قبل الشارع يزول به هذا الخفاء، وكل هذا بحسب مصدر الخفاء ونوعه. وقد سبق أن مثلت لهذا النوع في المطلب السابق[٤].

---

(١) راجع في أصول القواعد المذكورة تالياً وفي الأمثلة المضروبة عليها: الشاشي، أصول الشاشي، ج١ ص٦٨. السرخسي، أصول السرخسي، ج١ ص١٦٣. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج١ ص١٩٢. الشيرازي، اللمع، ص٤٨. الغزالي، المستصفى، ص٣١٥. السبكي، الإبهاج، ج٢ ص٢١٢. ابن بدران، المدخل، ص ١٨٧. وانظر أيضاً: السعدي، محمد صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية (القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٣٩٩هـ). إسماعيل، عبد الحميد أبو المكارم، الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي (القاهرة: دار المسلم، د.ط، ١٩٨٣م). طويلة، عبد الوهاب عبد السلام، أثر اللغة في اختلاف المجتهدين (القاهرة: دار السلام، د.ط، ١٤١٤هـ).

(٢) الواضح عند الأصوليين هو: "اللفظ الكافي في إفادة معناه، وذلك إما لأمر راجع إلى اللغة أو العقل". السبكي، الإبهاج، ج٢ ص٢١٢.

(٣) الخفي عند الأصوليين هو: "اسم لما اشتبه معناه وخفي المراد منه بعارض في الصيغة يمنع نيل المراد بها إلا بالطلب". السرخسي، أصول السرخسي، ج١ ص١٦٧.

(٤) انظر ص٢٥٣ من هذه الرسالة.

يثبت التحديـد بعبارة النص(١)، كما يثبت بإشارته(٢) ودلالته(٣) واقتضائه(٤)، وهذا باتفاق الأصوليين، وعند الجمهور – عدا الحنفية- يثبت بمفهوم المخالفة أيضاً(٥).

وما أوردته سابقاً يصلح للتمثيل على ما ثبت بعبارة النص، أما ما ثبت بإشارة النص فمثاله: قوله عليه الصلاة والسلام في صدقة الفطر: " أغنوهم عن الطلب في هذا اليوم"، فقد دلّ الحديث عن طريق الإشارة على تحديد وقت الإخراج بما قبل الخروج للصلاة؛ إذ به يتحقق الإغناء في -مثل ذلك اليوم -على وجهه الأكمل(٦).

---

(١) عبارة النص عند الحنفية هي: "دلالة اللفظ بنفس صيغته على المعنى المتبادر والمسوق له أصالة أو تبعاً" انظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج١ص٢٣٦. التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج٢ص٢. بتصرف. ويقابلها عند الشافعية دلالة المنطوق وهي: دلالة اللفظ على المعنى في محل النطق. انظر: المحلي، شرح جمع الجوامع، ج١ص٢٣٥.

(٢) إشارة النص عند الحنفية هي: دلالة اللفظ على معنى غير مقصود من السياق لا أصالة ولا تبعاً، ولكن للمعنى الذي سيق الكلام من أجله. انظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج١ص٢٣٦. التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج٢ص٢، ومعناها عند جمهور الأصوليين قريب من هذا، انظر: الآمدي، الإحكام، ج٣ص٥٧.

(٣)دلالة النص عند الحنفية هي: دلالة اللفظ على أن حكم المنطوق به ثابت للمسكوت عنه لاشتراكهما في علة واحدة تدرك بمجرد اللغة. انظر: أمير بادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت) ج١ص١٣٤. التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج٣ص٣. ويقابلها عند الجمهور مفهوم الموافقة وهي عندهم بنفس المعنى. انظر: الآمدي، الإحكام، ج٣ص٧١.

(٤) دلالة الاقتضاء عند الجمهور هي: دلالة الكلام على معنىً يتوقف على تقديره صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعاً. انظر: المحلي، شرح جمع الجوامع، ج١ص١٧٤، والذي يفهم من كلام الحنفية أن دلالة الاقتضاء عندهم بنفس المعنى، انظر: البزدوي، كشف الأسرار، ج١ص٧٥.

(٥) مفهوم المخالفة عند جمهور الأصوليين هو: إثبات نقيض حكم المنطوق به لمسكوت عنه، لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم. انظر: المحلي، شرح جمع الجوامع، ج١ص١٧٤. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص٣٠٣.

(٦) انظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج١ص٢٤٠. والحديث أخرجه الدارقطني في سننه كتاب زكاة الفطر، رقم ٦٧، والبيهقي في السنن الكبرى، ج٤ص١٧٥.

ومما ثبت بدلالة النص ما أخذ من قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣]، فقد دلّت الآية عن طريق دلالة النص على حرمة الزواج من الجدات، وبيان ذلك: أن الآية دلت صراحةً على حرمة الزواج من العمات والخالات بعبارتها، وعلة هذا التحريم كما تفهم بداهة هي القرابة، وهذه العلة موجودة بصورة أقوى في الجدات، لأن العمات والخالات من بنات الجدات، فكان دخول الجدات ضمن محل الحرمة أولى من دخول العمات والخالات، وهذا تحديدٌ يفهم من الدلالة لا من العبارة.

أما مثال التحديد الذي ثبت بمفهوم المخالفة، فهو ما أخذ من قوله تعالى: ﴿ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ﴾ [الحجرات: ٩]، فتقييد المستحق- وهو هنا فعل المقاتلة- بالغاية- وهي هنا الفيء- يدل على أن ما وقع بعد الغاية ليس بمستحق شرعاً،وأنه باقٍ على أصل الحرمة.

ومما ثبت بدلالة الاقتضاء، ما أخذ من قوله تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المجادلة: ٣] ، فصحة الكلام شرعاً تقتضي كون الرقبة مملوكة، وهذا الوصف يفيد تحديداً لا تفيده عبارة النص.

إن التمييز بين مراتب الدلالات المختلفة من حيث القوة، يعين في إزالة التعارض الظاهري بين ما دلت عليه النصوص الواردة في تحديد مستحق من المستحقات.

وترتيب هذه الدلالات عند الحنفية[1] يقوم على تقديم دلالة العبارة ثم دلالة الإشارة ثم دلالة النص ثم دلالة الاقتضاء، وعند الجمهور[2] تقدم دلالة النص على دلالة الإشارة، فيكون الترتيب عندهم: دلالة العبارة ثم دلالة النص ثم دلالة الإشارة ثم دلالة الاقتضاء.

---

(١) انظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج١ص٢٤٠.

(٢) أبو زهرة، أصول الفقه، ص١٣٩.

ومن الأمثلة التي يظهر فيها أثر هذا الترتيب في معرفة حدود المستحق، أن قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾ [البقرة: ١٧٨]، يدل بعبارته على أن المستحق في القتل العمد هو القصاص، وهذا المعنى يتعارض ظاهراً مع ما قد يؤخذ من قوله تعالى: ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٩٣﴾ ﴾ [النساء: ٩٣]، إذ إنه يدل عن طريق الإشارة على عدم استحقاق القصاص في القتل العمد، وذلك لأن الاقتصار على ذكر استحقاق العقوبة الأخروية مشعر بانتفاء غيرها، وخاصة أن المقام مقام بيان. وهذا التعارض الظاهري يزال بتقديم ما ثبت بالآية الأولى دون الثانية، وذلك لأن ما ثبت بالآية الأولى ثبت بدلالة العبارة، وما ثبت بالآية الثانية ثبت بدلالة الإشارة، ودلالة العبارة مقدمة على دلالة الإشارة، فكانت النتيجة تحديد عقوبة القتل العمد بالقصاص.

مما يلاحظ هنا أن اللفظ العام يدل على التحديد من جهة معناه الذي دل عليه، لا من جهة عدد الأفراد الذين ينطبق عليهم هذا المعنى(١)، لأن اللفظ العام مستغرق لجميع ما يصلح له دفعةً واحدة بوضع واحد من غير حصر(٢)، وعليه فإذا ورد مستحق من المستحقات بصيغة العموم فإن هذا يدل على دخول جميع الأفراد الذين ينطبق عليهم اللفظ دون تحديد، إلا أنه يدل على عدم دخول غيرهم ضمن حدود هذا المستحق.

مثال ذلك: قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣]، فلفظ أمهاتكم - وهو المستحق هنا- لفظ عام، ويستفاد من عموم هذا اللفظ حرمة التزوج بجميع

(١) هذا الكلام مستفاد من قول الأصوليين إن العام بالإضافة، يعتبر خاصاً بالنسبة إلى ما أضيف إليه، أي: ما يصدق عليه، فهو يتناوله دون غيره. انظر: الغزالي، المستصفى، ص٢٢٤. وانظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٣ص٣٦٢ وفيه يقول: "والعام ما ينتظم جميعاً من المسميات بلا تقدير ولا تحديد".

(٢) انظر: الغزالي، المستصفى، ص٢٢٤.

الأمهات دون تحديدٍ بعدد أو بصفة أو غير ذلك ، ويستفاد من معناه تحديد محل الحرمة -هنا- بوصف الأمومة دون غيرها من الأوصاف.

أما اللفظ الخاص فهو يدل على التحديد من جهة معناه الذي يدل عليه، ومن جهة العدد الذي ينطبق عليه هذا المعنى، لأن اللفظ الخاص موضوع للدلالة على معنىً واحد على سبيل الانفراد[1]، أو على كثير محصور. وعليه فإذا ورد مستحق من المستحقات بصيغة الخصوص فإن هذا يدل على أن هذا الفرد الواحد، أو هؤلاء الأفراد المحصورين هم المستحق دون غيرهم.

مثال ذلك: قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ ﴾ [المجادلة: ٣] ، فلفظ رقبة- وهو المستحق هنا- لفظ خاص، ويستفاد من خصوص هذا اللفظ أن المستحق هو تحرير رقبة واحدة، ويستفاد من معناه أن المستحق عبارة عن رقبة مسترقةٍ، وفي كلا الفائدتين تحديد كما هو ظاهر.

بالإضافة إلى ما سبق فإن اللفظ الخاص قد يكون مطلقاً عن القيود، وقد يكون مقيداً ببعضها، إما ابتداءً أو بعد حمله على مقيدٍ آخر، فإن وقع التحديد به وهو مطلق فإن هذا يدل على وقوع التحديد به من جهة معناه، فأي فرد انطبق عليه هذا المعنى يكون هو المستحق المعني باللفظ، وإن وقع به التحديد وقد أضيف إليه قيد من القيود، فإن التحديد يؤخذ من مجموعهما، أي من مجموع اللفظ وقيده.

مثال ذلك: قوله تعالى: ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٖ يَطۡعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيۡتَةً أَوۡ دَمٗا مَّسۡفُوحًا أَوۡ لَحۡمَ خِنزِيرٖ فَإِنَّهُۥ رِجۡسٌ ﴾ [الأنعام: ١٤٥] ، فهنا لفظ «ميتة» لفظ خاص ومطلق، فيؤخذ منه حرمة جميع أصناف الميتة، لأن التحديد هنا يؤخذ من جهة المعنى الذي دل عليه اللفظ، فكل طعام تصح تسميته ميتة يكون مستحق الترك لحق

---

(١) انظر: التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج٢ص٢٧٥. ابن السبكي، جمع الجوامع، ج٢ص٣٠.

الله تعالى. بينما نجد أن الدم -وهو لفظ خاص أيضاً- قد جاء مقيداً بكونه مسفوحاً، وعليه فلا يقال أن كل دم يكون مستحق الترك لحق الله تعالى، بل لابد أن يكون مسفوحاً أيضاً، فكل دم تصح تسميته مسفوحاً يكون مستحق الترك لا غيره.

ثانياً: التفسير التعليلي:

يمكن تعريف هذا التفسير بأنه "تحديد العلل الموجبة للأحكام في كل حكم بصورة خاصة، ليتخذ منها مقياساً من مقاييس الحكم فيما يراد إضافته على النصوص بطريق القياس"[1].

والقياس كما هو معلوم يقوم على "رد النظير إلى نظيره، لعلة جامعة بينهما، بأن يحكم على النظير الذي لا نص فيه، بمثل ما حكم به على نظيره الذي ورد فيه نص، قياساً شرعياً ومنطقياً معاً، ليحفظ اتساق المنطق التشريعي واستقامته، والتشريع الإسلامي قائم على منطق مستقيم لا تعارض بين أحكامه، ولا تناقض في الواقع ونفس الأمر، وذلك برهان كونه سماوياً ..."[2].

ومن هنا يتبين أن التفسير التعليلي يهدف إلى معرفة الوقائع التي يمكن إدخالها في نطاق النص الشرعي من جهة علته لا من جهة حجة لفظه ومعناه، وبهذا يفترق عن التفسير البياني السابق ذكره، يقول الإمام السرخسي: "والمعنى الذي يستنبط من النصوص ليس من نوع اللسان في شيء"[3].

وقد سبق لي في الفصل الثاني من الباب الثالث[4] من هذه الرسالة أن تعرضت

---

(١) الدواليبي، المدخل، ص٣٥٥.

(٢) الدريني، بحوث مقارنة، ص٣١.

(٣) السرخسي، أصول السرخسي، ج٢ص١٤٥.

(٤) انظر: ص٢٠٨ من هذه الرسالة.

للقياس كمصدر من مصادر التحديد، وبحثت فيه مسألة مقتضاها: هل يجوز تعدية التحديد الثابت بالنص الشرعي لمستحق من المستحقات إلى مستحق آخر بواسطة القياس؟! أما هنا فأريد أن أبحث مسألةً أخرى لها صلة بالقياس وبالتحديد ولكن من وجهٍ آخر هو: هل يمكن استبدال المستحق المذكور في النص الشرعي بمستحق آخر غير مذكور فيه عن طريق القياس؟! بمعنى: هل يمكن تفسير النص الذي ورد فيه بيان مستحق من المستحقات تفسيراً تعليلياً بحيث يقال إن هذا النص يشمل بعلته أنواعاً أخرى من المستحقات لم يتناولها النص بلفظه أو معناه؟

الإجابة على هذا التساؤل يمكن معرفتها من كلام الأصوليين في شروط القياس، حيث يظهر من كلامهم في هذا الموطن، أن الأصل جواز استنباط علة من النص الشرعي تقتضي إدخال أمر في النص لم يكن داخلاً فيه، إذ لا معنى للقياس إلا هذا[1]، وفي هذا يقول الإسنوي:" يجوز أن يستنبط من النص معنىً يزيد على ما دل عليه، وهذا هو القياس المعروف"[2]، ويقول ابن السبكي:" يجوز استنباط معنىً يعمم (أي: يعمم ما خصّ بالذكر في النص) كمشوش الفكر من قوله ﷺ : " لا يقضي القاضي وهو غضبان" "[3].

---

(١) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج١ص٢٠٦.

(٢) الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٠هـ) ص٣٧٣.

(٣) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ج١ص١٥٣. والحديث المذكور هنا ورد بهذه الصيغة تقريباً عند البيهقي في السنن الكبرى، ج٣ص٤٧٤ وعند ابن حبان في الصحيح ج١١ص٤٤٩، وفي الصحيحين ما يؤيده من ناحية المعنى، انظر: البخاري، حديث رقم ٦٧٣٩. ومسلم، حديث رقم ١٧١٦.

ويرى الباحث أن الأصوليين[1] أيضاً يشترطون لهذا الأصل أمراً آخر لابد من مراعاته، وهو ألا يؤدي استنباط هذا المعنى إلى الإخلال بالحكم الذي جاء به النص ابتداءً، وهذا ما يعبّر عنه الحنفية[2] بقولهم: أن يبقى حكم الأصل بعد التعليل على ما كان عليه قبله. على أن هذا الشرط في - الحقيقة- يتخذ صوراً عديدة عند التطبيق على الفروع، وهذا ما يمكن إدراكه من كلام الأصوليين في معرض مناقشتهم لأقيسة المذاهب الأخرى، إذ كثيراً ما يتمسكون به في محاولة إيراد الحجة على الأقيسة المناقَشَة.

وفيما يلي مجموعة من الأمثلة التي تدخل في باب المستحقات، وتصلح للتمثيل على القاعدة المتقدمة:

١ - يرى الحنفية[3] جواز إخراج القيمة في الزكاة والكفارات وصدقة الفطر والعشر والنذر، بمعنى جواز إخراج قيمة الواجب بدل عينه، فمن وجبت عليه شاة - مثلاً- في الزكاة، فيجوز له -عندهم- أن يخرج قيمتها دون عينها، وتعليل ذلك عندهم أن الحاجة تندفع بالقيمة كما تندفع بالعين، بل إن دفع القيمة في بعض الحالات يكون أتمّ وأوفر.

في حين يرى جمهور الفقهاء[4] أن هذا غير جائز، لأن العلة التي أخذت من النص- على قول الحنفية- قد جعلت أداء الشاة على التخيير بعد أن كان أداؤها على التعيين،

---

(١) الغزالي، المستصفى، ص١٩٨. الشيرازي، إبراهيم بن علي، المعونة في الجدل (الكويت: جمعية إحياء التراث الإسلامي، ط١، ١٤٠٧هـ) ص١١٧.

(٢) انظر: البزدوي، كشف الأسرار، ج٣ص٣٦٢. الشاشي، أصول الشاشي، ج١ص٣١٤.

(٣) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٢ص٢٣٧.

(٤) انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٢ص٣٥٦. النووي، المجموع، ج٥ص٣٨٤. ابن قدامة، المغني، ج٢ص٣٠١.

وفي هذا تغيير لموجب النص، وما كان كذلك فهو مبطل للعلة ولما بني عليها[1].

وقد أجاب الحنفية[2] على هذا الاعتراض بأن التعيين الذي ذكره الجمهور في اعتراضهم، حقيقته: توسيع محل الحكم لا إبطال المحل المذكور فيه، فدفع الشاة التي نص عليها الشارع مجزئ قبل التعليل وبعده، وكل ما في الأمر أنهم قالوا بتوسيع الخصال المجزئة، وما من تعليل إلا وفيه مثل هذه التوسعة. فالحنفية -من وجهة نظرهم- لم يخرجوا عن مقتضى القاعدة الأصولية و شرطها المتفق عليهما، حيث رأوا أنها لا تنطبق على هذا الموضع وأشباهه، ويتأكد قولهم هذا: إذا علمنا أنهم لا يجوزون إخراج القيمة في مواضع أخرى تشبه ظاهراً المواضع المذكورة آنفاً، وذلك في الأضحية والهدي والعتق، لأن معنى القربة في الأضحية والهدي إراقة الدم، وهذا لا يتقوم، ومعناه في العتق إتلاف المال ونفي الرق، وهذا لا يتقوم أيضاً[3]، فاختلف الحكم في هذه المواطن عن سابقتها في الزكاة وصدقة الفطر...إلخ.

ومن هنا نجد أن الإمام الغزالي[4] قد تفهم وجهة نظر الحنفية في هذه المسألة إلى حدٍّ كبيرٍ، فعمد إلى تعليل قول الشافعي في عدم جواز إخراج القيمة في الزكاة بعلة أخرى، وهي التعبّد مع سدّ الخلة.

٢- ذهب الإمامان أبو حنيفة[5] والشافعي[6] إلى أن خيار الشرط لا يصح فيما زاد على ثلاثة أيام، وذلك لحديث حبان بن منقذ -رضي الله عنه- الذي قال له النبي ﷺ :

---

(١) انظر: الآمدي، الإحكام، ج٣ص٦٣.

(٢) انظر: ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج١ص٢٠٦.

(٣) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٢ص٢٣٨.

(٤) انظر: الغزالي، المستصفى، ص١٩٩.

(٥) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٣ص٤١.

(٦) انظر: النووي، الروضة، ج٣ص٤٤٢.

"إذا أنت بايعت فقل: لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليالٍ..."[1]، في حين ذهب جمهور الفقهاء[2] ومنهم الإمامان أبو يوسف ومحمد[3] إلى القول بجوازه فيما زاد على ثلاثة، لأن الخيار شرع لحاجة المتبايعين فيقدر بقدرها.

وقد ردّ الإمام البزدوي (ت٤٨٢) هذا التعليل "لأن فيه إبطال حكم النص، وهو التقدير بثلاثة أيام، فلم يكن تعديةً لحكم النص، مع أن هذه مدة تامة صالحة لاستيفاء النظر ودفع الغبن، فإذا زيدت المدة ازداد الخطر مع قلة الحاجة إلى النظر"[4].

٣- ذهب الإمام الشافعي[5] إلى تعليل قوله عليه الصلاة والسلام: "خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح: الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور"[6]، والعلة كما يراها في هذه الخمس هي: الإيذاء، فكل ما يكون طبعه الإيذاء يلحق بهذه الخمسة، ولا حرج على المحرم في قتله، وفي هذا تدخل السباع التي لا يؤكل لحمها.

لكن أصوليي الحنفيةلم يرتضوا هذا التعليل "لأننا لو جعلنا الاستثناء (أي: من حرمة القتل) باعتبار معنى الإيذاء، خرج المستثى من أن يكون محصوراً بعدد الخمس،

---

(١) الحديث بهذه الرواية أخرجه ابن ماجة في كتاب الأحكام، باب الصلح، رقم ٢٣٥٥. و الدارقطني في كتاب البيوع، رقم ٢٢٠.

(٢) انظر: ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت) ج٢ص١٥٨. ابن قدامة، المغني، ج٤ص١٩.

(٣) انظر: السرخسي، المبسوط، ج١٣ص٤١.

(٤) البزدوي، كشف الأسرار، ج٣ص٣٦٣.

(٥) انظر: الإمام الشافعي، الأم، ج٢ص٢٤٤، ج٧ص٢٣١.

(٦) متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب الحج، باب ما يقتل المحرم، رقم١٧٣٠، وأخرجه مسلم في كتاب الحج، باب ما يندب للمحرم وغيره قتله، رقم ١١٩٩.

فكان تغييراً لحكم النص المعلل بالتعليل"[1].

وهذا الاعتراض المذكور يرده أمران: **الأول**: إن العدد المذكور هنا لا يفيد الحصر، لأنه وارد في متعلق الحكم لا في نفس الحكم، وما كان كذلك لا يفيد عدم جواز الزيادة عليه إلا بقرينة[2]، ويتأكد هذا الوجه بورود روايات أخرى للحديث ذُكر فيها غير هذه الخمسة، وقد أحصاها الحافظ ابن حجر فوصلت إلى تسعة[3].

الثاني: أن الحنفية أنفسهم قد قاسوا على هذه الخمسة، فقالوا بجواز قتل الأسد والحية والذئب والفهد والنمر، "لأن ورود النص في تلك الأشياء (الخمس)، ورودٌ في هذه دلالةً"[4].

خلاصة ما تقدم أن الفقهاء والأصوليين - من وجهة نظر الباحث - متفقون على عدم جواز استنباط علة تعود على النص بالتغيير والإبطال، غير أنهم يختلفون في كيفية تطبيق هذا الأمر على الفروع المختلفة، فما يراه فقيه من الفقهاء تعليلاً سليماً لا خروج فيه عن مقتضى النص، قد يراه فقيه آخر على غير هذه الصورة، وأثر هذا في التحديد كأثره في سائر الأحكام، فقد يرى فقيه أن المستحق المذكور في النص بحدوده لا تجوز تعدية الاستحقاق فيه إلى غيره من المحلات المشابهة، في حين يرى فقيه آخر جواز ذلك عن طريق القياس الصحيح، مما يجعل المسألة محلاً للخلاف بين هذا المذهب وذاك.

---

(١) البزدوي، كشف الأسرار، ج٣ص٣٦٣.

(٢) انظر: التلمساني، محمد بن أحمد، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٤٠٣هـ) ص٤٣.

(٣) ابن حجر، فتح الباري، ج٤ص٣٦.

(٤) الكاساني، البدائع، ج٢ص١٩٧.

ثالثاً: التفسير المقاصدي:

يمكن تعريف هذا النوع من التفسير الذي يرد على النصوص بأنه: تحديد معنى النص، ومجال تطبيقه في ضوء مقاصد الشريعة منه والتي يغلب على الظن أن النص قد جاء لتحقيقها(1).

وهذا النوع من التفسير تظهر أهميته عندما "ينص الشارع على حكم واقعة دون أن يدل النص على المصلحة التي قصد بالنص تحقيقها، ويجد الفقيه أن فهم النص وتحديد مضمونه ونطاق تطبيقه، يتوقف على معرفة هذه المصلحة، أو الحكمة أو العلة، أو الوصف المناسب، مسترشداً بما عرف من عادة الشرع وتصرفه في الأحكام، مستعيناً بروح الشريعة وعللها المنصوصة، وقواعدها أو مصالحها المستنبطة، فإذا ما توصل إلى هذه الحكمة، وتعرف على تلك المصلحة، فسَّرَ النص في ضوئها، وحدد نطاق تطبيقه على أساسها..."(2).

ومن الأمثلة على هذا النوع من التفسير، ما جاء عند المالكية ومتأخري الحنابلة بشأن التسعير، فإن النص الذي جاء فيه مشعر بحرمته، وعده نوعاً من أنواع الظلم، فقد روي عن أنس رضي الله عنه أنه قال: "غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله ﷺ، فقالوا: يا رسول الله سعر لنا، فقال: إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال"(3). فظاهر هذا النص يدل على حرمة التسعير بإطلاق، لكن الذين قالوا بحله في بعض الأحوال قد نحوا منحىً

---

(1) هذا التعريف مستمد من كلام الأستاذ حسين حامد في: فقه المصلحة، ص٢٣. و الأستاذ الدريني في: بحوث مقارنة، ج١ص١٤٦.

(2) انظر: حسان، حسين حامد، نظرية المصلحة (القاهرة: مكتبة المتنبي، د.ط، ١٩٨١م) ص م.

(3) هذا الحديث رواه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير، رقم ١٣١٤، وقال عنه: حديث حسن صحيح. ورواه أبو داود في السنن، كتاب الإجارة، باب في التسعير، رقم ٣٤٥١. وابن ماجه، كتاب التجارات، باب من كره أن يسعر، رقم ٢٢٠٠. والبيهقي في السنن الكبرى، ج٦ص٢٩.

مصلحياً في تفسيره، وذلك أنهم وجدوا أن علة تحريم التسعير -كما نص عليها الحديث- وهي رفع الظلم عن التجار لا تتحقق إلا في حالة كون السوق يجري على نظامه المعتاد، والذي يخضع السعر فيه لمعادلة العرض والطلب والتنافس، دون تدخل أو تلاعب من قبل أي طرف من الأطراف، ثم إن هذه العلة وهي رفع الظلم قد تتحقق في جانب عامة الناس (المستهلكين) عندما يختل ذلك النظام المذكور، ويبدأ التجار -عن طريق التواطؤ والاحتكار وما شابه- يتدخلون في الأسعار، ويرفعونها ملحقين الضرر بالناس، مما يستدعي تدخل الشرع بالحكم المناسب الذي يرفع هذا الظلم ويعيد الأمور إلى نصابها، وهذا يجوِّز التسعير بعد أن كان غير جائز[1].

يقول الإمام ابن العربي (ت ٥٤٣هـ): "والحقُّ التسعيرُ وضبط الأمر على قانون لا تكون فيه مظلمة على أحد...وما قاله النبي ﷺ حق، وما فعله حكم، ولكن على قوم صح ثباتهم، واستسلموا إلى ربهم، وأما قوم قصدوا أكل أموال الناس، والتضييق عليهم، فباب الله واسع، وحكمه أمضى"[2].

ويقول ابن القيم: "وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه...فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل...فهو جائز بل واجب...مثل أن يمتنع أرباب السلع عن بيعها -مع ضرورة الناس إليها- إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، والتسعير ههنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به"[3].

---

(١) انظر في تفصيل المسألة: الدريني، بحوث مقارنة، ج١ص٥٣١-٦٣٤.

(٢) ابن العربي، أبو بكر بن محمد بن عبد الله، عارضة الأحوذي لشرح صحيح الترمذي (بيروت: دار الكتاب العربي، د.ط، د.ت) ج٦ص٥٤.

(٣) ابن القيم، محمد بن أبي بكر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (القاهرة: مطبعة المدني، د.ط، د.ت) ص٣٥٥.

غير أن هذه النتيجة التي تم الوصول إليها عن طريق التفسير المقاصدي، لا يمكن العمل بها مباشرة في كثير من الأحيان، وذلك عندما يراد تحويل الحكم الثابت بموجب هذا التفسير إلى كيفية أو كمية مضبوطة يستبين بها لآحاد المكلفين حدود ما يستحقون وما لا يستحقون.

فعندها لا بد من تجديد النظر المعتمد على المصلحة -وهي هنا ذات المصلحة التي راعاها التفسير؛ حتى لا يلزم التعارض- في سبيل إبراز حكم تطبيقي، يغلب على الظن أن إجراء الأمور عليه، كفيل بتحقيق المصلحة المرجوة آنفاً، وكفيل أيضاً بمراعاة مصالح أخرى قد تجتمع في الموضع نفسه.

وحتى يتضح المقصود هنا أعود إلى المثال السابق، وهو التسعير الذي هو نوع من أنواع التحديد، فإذا ثبت لولي الأمر أن الظلم واقع على عموم الناس جراء ترك أمر الأسعار إلى هوى التجار وتلاعبهم، وأداه اجتهاده إلى أن رفع الظلم لا يكون إلا بالتسعير، وأراد أن يسعر لهم، فإنه يلزمه اجتهاد جديد يراعي المصلحة في خصوص كل سلعة يريد أن يحدد لها سعراً، وذلك حتى يكون السعر الذي يضعه لهذه السلعة أو تلك كفيلاً برفع الظلم عن الناس من جهة، وكفيلاً بعدم إيقاعه بالتجار من جهة أخرى.

يقول ابن حبيب المالكي (ت٢٣٩هـ): ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل السوق، ويحضر غيرهم استظهاراً على صدقهم، فيسألهم عن البيع والشراء والأسعار، ويسعر ما فيه رضاهم ورضا العامة، حتى لا يضر الفريقين...وأما إذا سعر عليهم بما فيه إجحاف لهم ولا ربح فيه، فإنه يؤدي إلى فساد الأسعار وإخفاء الأقوات، وإتلاف أموال الناس[1].

---

(١) الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى من شرح الموطأ (القاهرة: مكتبة السعادة، ط١، ١٣٣٢هـ) ج٥ص٢٠ بتصرف.

المبحث الثاني:

كيفية تحديد المستحقات الثابتة بالعقد والتصرف الانفرادي

هذا المبحث مخصص للحديث عن كيفية تحديد المستحقات الثابتة بالعقد، وعن كيفية تحديد المستحقات الثابتة بالتصرف الانفرادي، وقد اخترت الجمع بينهما في مبحث واحد؛ لاشتراكهما في مسمى" التصرف الشرعي"، الذي هو " إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر شرعي يرتبه الشارع"[1]، هذا بالإضافة إلى اشتراكهما في بعض المسائل التي يقوم عليها البحث هنا.

المطلب الأول: كيفية التعبير عن حدود المستحقات الثابتة بالعقد

لتوضيح هذا الأمر لابد لي من بيان المبدأ العام الذي يقوم عليه، ثم بيان الكيفية التي يكون بها الالتزام به، مع بيان أن أنواع العقود التي يجب تطبيق هذا المبدأ فيها.

أولاً: المبدأ العام:

الذي يظهر في الفقه الإسلامي، أن تحديد المستحق الثابت بالعقد تحديداً رافعاً للجهالة ومانعاً للغرر، وما يفضيان إليه من خداع أو منازعة، مما ينبغي الالتزام به في سائر العقود[2].

وهذا المبدأ تمكن استفادته من جملة من النصوص الشرعية التي نهت عن بيع

(١) السنهوري، مصادر الحق، ج١ ص٥٤. وانظر ما سبق بيانه في هذا الشأن ص١٦٦ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) انظر: المرجع السابق ج٣ص٤٦. بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، ص٤١٩.

الغرر- والجهالة في المحل نوع من أنواع الغرر- وعن جملة من البيوع التي كانت سائدة في الجاهلية، كبيع الملامسة والمنابذة والحصاة، وبيع الحمْل دون أمه...إلخ من البيوع التي تقوم على نوعٍ من الجهالة في المبيع[1]، كما يمكن استفادته من بعض النصوص التي أمرت بنفي الجهالة عن محل العقد، كقوله عليه السلام:" من أسلف في شيء ففي كيل ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[2].

وهذه النصوص وإن كانت واردةً في عقود خاصة كالبيع والسلم، إلا أن العلة التي تمكن استفادتها منها وهي منع الغرر، تعمم حكم النص ليشمل العقود عامةً، علاوة على أن الحكمة التي شرع من أجلها هذا الحكم تقتضي درء مفسدة الخداع والمنازعة عن كل موطن يتوقع فيه مثل هذا الأمر سواء في البيوع أو غيرها.

وهذا المبدأ وإن كان محل اتفاق بين الفقهاء – من حيث الجملة- إلا أن الخلاف بينهم قد جرى في عدة أمور متعلقة به وهي: الكيفية التي يتم بها تحقيق هذا المبدأ في المستحقات المختلفة، ومدى وجوب الالتزام بهذا المبدأ في أنواع العقود المختلفة، والآثار المترتبة على الإخلال به، وتكييف العقد الذي جرى مخالفاً لهذا المبدأ، وسأبحث هنا – إن شاء الله تعالى- النقطتين الأوليين ، تاركاً الثالثة والرابعة إلى الباب التالي.

ثانياً: كيف يكون الالتزام بهذا المبدأ؟

١-تختلف الكيفية التي يتم بها تحقيق هذا المبدأ بحسب نوع المستحق الذي يراد تحديده، وفيما يلي خلاصة أقوال الفقهاء في ذلك:

---

(١) انظر في هذه النصوص وشرحها: الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥ص٤٣ وما بعدها. الصنعاني، سبل السلام، ج٣ص١٥ وما بعدها.

(٢) سبق تخريجه.

إذا كان المعقود عليه عيناً من الأعيان، وكان حاضراً في المجلس، فإن تحديده تحديداً تاماً يكون برؤيته رؤيةً مفضيةً إلى العلم به، ثم الإشارة إليه حال العقد، وهذه الكيفية متفق عليها بين الفقهاء[1]، ثم هناك تفريعات واستثناءات من هذه الكيفية، اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، وفيما يلي بيان ذلك:

أ-اتفق الفقهاء[2] على أن الرؤية السابقة للعقد تكفي إذا كان المبيع مما لا يتغير عادة في مثل تلك المدة التي فصلت بين الرؤية والعقد، وعليه فلا تشترط الرؤية التفصيلية حال العقد، إذا حصلت رؤية متقدمة صحيحة.

ب-اتفق الفقهاء[3] على أن رؤية بعض المعقود عليه- إذا كانت تدل على باقيه- تغني عن رؤيته كله، وذلك كرؤية ظاهر صبرة قمح.

ج-اتفق الفقهاء[4] على جواز أن يكون المعقود عليه جزءاً معلوماً- وإن كان غير مفروز - من السلعة المعروضة، بشرط أن تكون هذه السلعة متماثلة الأجزاء، كأن يكون المعقود عليه صاعاً من صبرة أرز معروضة، في حين لا يصح هذا إذا كان المعقود عليه مختلف الأجزاء كمترٍ مربعٍ من أرضٍ معينة، وشاة من قطيع معروف، إلا

---

(١) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥ص١٥٦-١٥٨. ابن عابدين، الحاشية، ج٤ص٥٠٥-٥٠٦، ٥٢٩ وما بعدها. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٦ص٢٧١ وما بعدها. الدسوقي، الحاشية، ج٣ص١٥ وما بعدها. الحطاب، التاج والإكليل، ج٤ص٢٧٦. الشيرازي، المهذب، ج١ص٢٦٣. النووي، الروضة، ج٣ص٣٥٨ وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص١٦ وما بعدها. ابن مفلح، المبدع، ج٤ص٢٤ وما بعدها. البهوتي، الروض المربع، ج٢ص٣٧. البهوتي، كشاف القناع، ج٣ص١٦٨ وما بعدها، ابن قدامة، المغني، ج٤ص٩٨ وما بعدها.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

أن يعيّن العاقدان الجزء الذي وقع عليه العقد بالذات.

د-مما يؤخذ من كلام الفقهاء[1] أيضاً، أنهم متفقون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أو كليهما أن يشترط في محل العقد الذي يخصه صفةً مشروعةً له فيها مصلحة، ولو كانت زائدةً على ما يتم به تعريف المحل، وهذا ما يسمى فقهاً بالوصف المرغوب، كأن يشتري هذا الخاتم على أنه من الفضة الخالصة، أو هذه السيارة على أنها مصنوعة هذه السنة...الخ.

هـ-ذهب الحنفية[2] إلى جواز العقد على العين المستورة الحاضرة في مجلس العقد مطلقاً، مع ثبوت خيار الرؤية للمشتري بعد ذلك، وذهب المالكية[3] إلى جواز هذا بشرط أن يكون المعقود عليه مما يفسد لو أزيل عليه ستره، وبشرط أن يعلم مقداره من ظاهره، ومثلوا لذلك بقلال الخل المختومة، وذهب الشافعية[4] إلى جواز ذلك إذا كان الغطاء خَلقياً وكان حفظ المعقود عليه لا يتم إلا بإبقائه، وذهب الحنابلة[5] إلى جواز ذلك مطلقاً بشرط وصفه وصفاً تاماً نافياً للجهالة.

و-ذهب الحنفية[6] إلى جواز الاستغناء عن الإشارة إلى المعقود عليه حال العقد بالإضافة، أي إضافة المعقود عليه إلى العاقد، بشرط أن يتعين المعقود عليه بذلك، كأن يقول له: بعتك سيارتي، وليس له سيارة غيرها.

---

(١) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦ص٢٥. الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ص٤٢٧. النووي، الروضة، ج٣ص٤٥٨. ابن قدامة، المغني، ج٤ص١٥.

(٢) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥ص٢٩٦.

(٣) انظر: الدسوقي، الحاشية، ج٣ص٢٠.

(٤) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢٠.

(٥) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣ص١٦٥.

(٦) ابن عابدين، الحاشية، ج٤ص٥٦٣.

ز-ذهب الحنابلة[1] إلى أن المعتبر هو العلم بالمعقود عليه، وهذا كما يحصل بالرؤية في أغلب أنواعه، قد يحصل بالشم في المشمومات والذوق في المأكولات، و اللمس في الثياب وما شابهها.

٢-إذا كان المعقود عليه عيناً من الأعيان، ولم يكن حاضراً في المجلس، فإن تحديده يكون كالآتي[2]:

أ- إذا كان المعقود عليه قد تمت رؤيته قبل العقد رؤية مفضية إلى العلم به، وكان مما لا يتسارع إليه الفساد في مثل تلك المدة الفاصلة بين العقد والرؤية، فإن العقد يصح باتفاق الفقهاء بناءً على تلك الرؤية، ثم يكفي حال العقد الإشارة إلى مكانه الخاص، أو ذكر اسمه، أو ما شابه مما يدل عليه جملةً.

ب- إذا كان المعقود عليه عيناً غائبةً لم تسبق رؤيتها، فإن تحديدها يكون بوصفها وصفاً تاماً رافعاً للجهالة، وهذا يكون بذكر الجنس والنوع والمقدار والصفة، على قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، وذهب الشافعية في القول الراجح عندهم إلى عدم صحة العقد على العين الغائبة وأن وصفها لايغني عن رؤيتها في شيء.

٣- إذا كان المعقود عليه ثـمنـاً، فإن تحديده يختلف باختلاف جنسه، فإن كان عيناً

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ج٣ص١٦٣.

(٢) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥ص١٥٦-١٥٨. ابن عابدين، الحاشية، ج٤ص٥٠٥-٥٠٦، ٥٢٩ وما بعدها. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٦ص٢٧١ وما بعدها. الدسوقي، الحاشية، ج٣ص١٥ وما بعدها. الحطاب، التاج والإكليل، ج٤ص٢٧٦. الشيرازي، المهذب، ج١ص٢٦٣. النووي، الروضة، ج٣ص٣٥٨ وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص١٦ وما بعدها. ابن مفلح، المبدع، ج٤ص٢٤ وما بعدها. البهوتي، الروض المربع، ج٢ص٣٧. البهوتي، كشاف القناع، ج٣ص١٦٨ وما بعدها، ابن قدامة، المغني، ج٤ص٩٨ وما بعدها.

من الأعيان، سرت عليه القواعد السابقة، مع مراعاة الأحكام الأخرى، فلا يجوز مثلاً بيع الأموال الربوية بعضها ببعض جزافاً، بل لا بد من معرفة مقدار الثمن والمثمن؛ كي لا يؤدي البيع إلى الربا، وإن كان الثمن نقداً فإن تحديده يخضع للقواعد التالية[1]:

أ- إذا كان الثمن حاضراً (عاجلاً) فإن تحديده الذي لا خلاف في جوازه، يكون ببيان مقداره ونوعه وصفته، كأن يقول البائع: بعتك هذه السلعة بعشرة دنانير أردنية. وقد أجاز بعض الفقهاء الاكتفاء برؤية الثمن دون ذكر ما سبق، فيكون الثمن جزافاً، مع مراعاة شروط بيع الجزاف الأخرى.

ب- إذا كان الثمن مؤجلاً (ديناً) في الذمة، فلابد من تحديده بالأوصاف المفضية إلى العلم به علماً تاماً، كذكر مقداره وجنسه وصفته، ويمكن الاكتفاء بذكر المقدار والجنس دون الصفة، عملاً بالعرف، فينصرف حينئذ إلى غالب نقد البلد، أو إلى ما يناسب قيمة المبيع.

ج- إذا كان المبيع مما يمكن تقسيمه إلى وحدات، وكانت وحداته معروفة العدد، فإنه يكفي تحديد ثمن الوحدة دون تحديد جملة الثمن باتفاق الفقهاء، كأن يقول البائع: بعتك هذا الثوب الذي هو عشرة أذرع كل ذراع بدينار. وإذا كانت وحداته غير معروفة العدد ولكن يمكن معرفتها لاحقاً، فيجوز أيضاً عند الجمهور، خلافاً لأبي حنيفة الذي أجازه في وحده واحدة فقط دون الباقي.

٤- إذا كان المعقود عليه منفعة عين من الأعيان، فإن تحديد المنفعة هذه بثلاثة أمور[2]

---

(١) انظر المراجع السابقة أيضاً.

(٢)انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨ص٢ وما بعدها. الكاساني، البدائع، ج٤ص١٨٠ وما بعدها. الدسوقي، الحاشية، ج٤ص٢ وما بعدها. الحطاب، مواهب الجليل، ج٥ص٣٨٩ وما بعدها. النووي، الروضة، ج٥ص١٨٢ وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٣٤٩ وما بعدها. ابن مفلح، المبدع، ج٥ص٨٤ وما بعدها. ابن قدامة، المغني، ج٥ص٢٥١ وما بعدها.

هي : تحديد العين التي يراد استيفاء المنفعة منها، على ما مر بيانه في تحديد الأعيان. وتحديد نوع المنفعة التي يراد استيفاؤها من هذه العين. وتحديد المدة التي يراد استيفاء هذه المنفعة خلالها. على أن بعض الفقهاء أجاز عدم ذكر نوع المنفعة إذا كان فيها عرف مطرد، كمن استأجر بيتاً معداً للسكنى، فإن منفعته تكون متعينة للسكنى ولو لم تذكر صراحة.

وبناءً على ما سبق فمن أراد أن يستأجر أرضاً مثلاً، فلابد له من معرفة حدود هذه الأرض، ثم عليه أن يبين حين العقد كيفية استغلالها، هل هو للزراعة أم للبناء؟ أم لغير ذلك؟ ثم بيان المدة التي وقع عليها التعاقد كسنةٍ أو سنتين وما شابه ذلك.

٥-إذا كان المعقود عليه عملاً[1]- أو كما يسمى في اصطلاح الفقهاء عيناً لها عمل- كالإنسان و الآلات، والدواب وما في معناها من السيارات ووسائل المواصلات، فإن العقد لا يخلو من إحدى صورتين:

الأولى: أن يكون وارداً على عمل عينٍ معينةٍ بالذات، كاستئجار سيارة بعينها لتنقله من مدينة إلى أخرى، ففي هذه الحالة لا بد من تحديد العين التي يراد استيفاء عملها، وفي هذا يتبع ما سبق في تحديد الأعيان الحاضرة، ثم تحديد العمل المراد استيفاؤه.

الثانية: أن يكون العقد وارداً على العمل بغض النظر عن العامل، كأن يتعاقد مع شخصٍ لتحصيل خياطة ثوب بصفة معينة، سواء كان هو العامل أو غيره، فهنا يكون التحديد للعمل فقط، ما لم يتعلق بتحديد العين غرض مؤثر في العمل المتحصل، كتحديد وسيلة النقل في عقود النقل، فعندها لابد من تحديد نوع هذه العين- لا

---

(١) انظر المراجع السابقة، وانظر أيضاً: عبد القادر، عبد الرحمن محمد محمد، الوسيط في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي (القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٤١٣هـ) ص٧٧ وما بعدها. الشريف، شرف ابن علي، الإجارة الواردة على عمل الإنسان: دراسة مقارنة (جدة: دار الشروق، ط١، ١٤٠٠هـ) ص١٠٢ وما بعدها.

ذاتها- بذكر الأوصاف المؤثرة في هذا الغرض.

أما تحديد العمل الوارد في الصورتين السابقتين، فيخضع للقواعد التالية:

أ-إذا كان العمل (الوظائف التي يؤديها العامل) مما ينضبط بالعرف، كالإرضاع وخياطة نوع من الثياب، فإنه يكفي ذكر نوع العمل دون تفصيل، وإن كان مما لا عرف فيه، فلابد من التحديد، وذلك بوصف العمل وصفاً تاماً يحصل به العلم للطرفين، كما يمكن أن يكون بالمعاينة، كأن يقول له: استأجرتك على بناء بيت مثل هذا البيت، أو نقل هذه البضاعة من هنا إلى هناك أو ما شابه.

ب-إذا كان مقدار العمل المتعاقد عليه مما يتحدد بنفسه، كأن يستأجره لحمل بضاعة من مدينة معينة إلى مدينة أخرى، أو يستأجره لبناء بيت بأوصاف معينة، فإن ذكر العمل ووصفه يغني عن ذكر المدة، وأما إن كان مقدار العمل مما لا يتحدد بنفسه، بل هو مجموعة من الوظائف تزيد وتنقص بحسب المدة التي يعملها العامل، فهنا لابد من ذكر المدة، ومن هذا النوع أن يستأجره للمعاونة في التجارة، أو يستأجر سيارة للتنقل ...إلخ. وقد يكون العمل مما يمكن أن يتحدد بنفسه و بالمدة، فهنا لابد من تعيين أحدهما ضابطاً، ومثاله: أن يستأجره للعمل في مشغلٍ للخياطة، فهذا العمل يمكن أن يحدد بنفسه، كأن يقول له: استأجرتك لخياطة مائة بدلة بصفة كذا وكذا، أو يقول له: استأجرتك لتعمل في الخياطة شهراً أو ما شابه.

ومما يذكر هنا تفريعاً على هذه الصورة الأخيرة، أن جمهور الفقهاء[1] من الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية لا يجيزون الجمع بين المدة والعمل، كأن يقول له: استأجرتك لخياطة مائة بدلة خلال شهر أو ما شابه، في حين ذهب بعض المالكية

---

(١) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨ص٢ وما بعدها. الدسوقي، الحاشية، ج٤ص٢ وما بعدها. النووي، الروضة، ج٥ص١٨٢ وما بعدها. ابن مفلح، المبدع، ج٥ص٨٤ وما بعدها. ابن قدامة، المغني، ج٥ص٢٥١ وما بعدها.

والصاحبان وبعض الشافعية إلى القول بالجواز، فإن أتم العامل عمله قبل مضي المدة، فقد وفّى بالتزامه ولا شيء عليه بعد ذلك، وإن لم يتم فللمنتفع فسخ الإجارة على اعتبار أنه لم يوفِّ بشرط من شروط العقد، وهو إنجاز العمل في المدة المطلوبة.

هذا و يرى بعض الفقهاء المحدثين(1)- وبهذا أخذ القانون المدني الأردني(2)- بناءً على بعض الفروع الواردة في الفقه الإسلامي(3)، جواز أن يكون محل العقد غير محددٍ فعلاً، ولكن قابلاً للتحديد، وذلك بأن يتفق طرفا العقد صراحة أو ضمناً على أسس معينة يُرجع إليها في تعيين محل العقد ورفع الجهالة عند التنفيذ، وفي رأيي أن هذا لا يصلح أن يكون أصلاً في كيفية التحديد، بل هو استثناء يجوز اللجوء إليه عند الضرورة، أو الحاجة العامة، لأن عناية الفقه الإسلامي وفقهاء المسلمين بتحديد المعقود عليه تحديداً تاماً حين العقد، أمر يلاحظه من له أدنى خبرة بهذا الفقه، ثم إن المسائل التي اعتمد عليها من ذهب إلى هذا القول، من الندرة بحيث لا يصح أن يقال إنها تشكل أصلاً موازياً للأصول التي سبق ذكرها، وعلى هذا يرى الباحث أنها تستبقى على حالها كاستثناء من الأصل، مع مراعاة الأمور التالية:

أ- أن تكون الأسس التي يرجع إليها في التحديد اللاحق مستمدةً من طبيعة المعقود عليه، أو ظروف التعاقد، فلا يجوز أن يكون من ضمن هذه الأسس إرادة أحد

---

(1) انظر: السنهوري، مصادر الحق، ج3ص52. مدكور، الوسيط، ج2ص514. أبو البصل، دراسات، ص170.

(2) انظر مادة 160.

(3) من هذه الفروع: مسألة تحديد ثمن الوحدة دون مجمل الثمن، السابق بيانها في كيفية تحديد الثمن، وما جاء عند الحنفية (فتح القدير، ج6ص256) من جواز شراء قربة ماء دون تحديد، وتحمل القربة هنا على القرب المتعارف عليها في البلد مع أغلب السقائين، وما جاء عندهم أيضاً (الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، القاهرة: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت، ج2ص89) من جواز استئجار جمل ليحمل له محملاً إلى مكة بلا تحديد، ويحمل العقد على العرف، وما جاء عند متأخري الحنابلة (كتب ورسائل ابن تيمية، ج34ص128) من جواز شراء الطعام بمثل ما ينقطع به السعر، أو بالسعر الذي يبيع به الناس ... وغير ذلك.

المتعاقدين دون الآخر، أو إرادة طرف ثالث.

ب- أن تكون الأسس التي تمت الإحالة عليها قادرة بالفعل على تحديد المعقود عليه تحديداً صحيحاً، فلا يصح- مثلاً- الإحالة على عرفٍ غير منضبطٍ، أو الإحالة على العرف فيما لا عرف فيه أصلاً.

ج- أن يراعى في تفسير الأسس الموضوعة -للتحديد اللاحق- المصلحة التي يرجوها طرفا العقد من مثل هذا التعاقد عادةً.

ثالثاً: العقود التي يجب فيها الالتزام بالمبدأ السابق:

لاستطلاع آراء الفقهاء في هذه المسألة، أرى تقسيم العقود إلى ثلاثة أقسام، ثم بيان الأقوال الفقهية في كل قسم على حدة، كالآتي:

١- عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة والسلم والمساقاة... إلخ:

هذا النوع من العقود اتفقت كلمة الفقهاء من مختلف المذاهب على وجوب الالتزام فيه بالمبدأ السابق بيانه[١]، وذلك بحسب ما تقتضيه طبيعة المعقود عليه، كما سبق بيانه، كما أن الفقهاء اتفقوا بالجملة على أن المخالفة اليسيرة لهذا المبدأ، وهو ما يسمونه الجهالة غير الفاحشة، لا تخرج المتعاقدين عن أصل الالتزام به. وهذا الكلام تمكن استفادته من تتبع كل مذهب من هذه المذاهب على حدة، أما الاختلاف الذي يظهر عند المقارنة بينها، فمنشأه التطبيق للأصل وللاستثناء الوارد عليه، فما يراه مذهب من المذاهب مخالفة كبيرة قد يراه مذهب آخر على غير ذلك[٢].

---

(١) انظر المطلب الأول من هذا المبحث، ص ٢٧٦ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: الضرير، الصديق محمد الأمين، الغرر وأثره في العقود (بيروت: دار الجيل، ط٢، ١٤١٠هـ) ص٣٩.

٢- عقود التبرعات:

أطلق بعض الباحثين المعاصرين[1] الكلام في عقود التبرعات، فذهب إلى القول بأن الفقهاء أو بعضهم لا يوجبون الالتزام بمبدأ التحديد- السابق بيانه- في هذه العقود، وعندي أن هذا الإطلاق في هذا النوع من العقود غير صحيح، فمن يرجع إلى كلام الفقهاء في عقود التبرع- وأهمها: الهبة والعارية وضمان الدين والقرض- يجد أن بينها اختلافاً لا يمكن معه وضع قاعدة عامة مختصة بها، وفيما يلي بيان ذلك:

أ-اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة[2] على وجوب تحديد محل القرض تحديداً تاماً تنتفي معه الجهالة الفاحشة.

ب-ذهب جمهور الفقهاء[3] من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى وجوب تحديد محل الهبة، فلا تصح عندهم هبة المجهول، وخالف في ذلك المالكية[4] وبعض متأخري الحنابلة[5].

ج-ما يؤخذ من كلام الجمهور في باب العارية وجوب تحديد العين التي وقع عليها العقد[6]، وخالف في هذا الشافعية[7]، فقالوا بجواز أن يكون المعار عيناً من جملة

---

(١) انظر: المرجع السابق، ص٥٨٥-٥٨٦. بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، ص٤١٩. مدكور، الوسيط، ج٢ص٥٠٩.

(٢)انظر: الحصكفي، أحمد بن علي، الدر المختار (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٨٦هـ) ج٥ص١٦١. ابن المواق، التاج والإكليل، ج٤ص٥٤٥. الشيرازي، المهذب، ج١ص٣٠٣. ابن قدامة، المغني، ج٤ص٢١٠.

(٣) انظر: مجلة الأحكام، مادة ٨٥٨. النووي، الروضة، ج٥ص٣٧٣. ابن قدامة، المغني، ج٥ص٣٨٤.

(٤)انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٦ص٥١.

(٥)ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى، ج٣١ص٢٧٠.

(٦) انظر: الكاساني، البدائع، ج٦ص٢١٥. الحطاب، مواهب الجليل، ج٥ص٢٧١.

(٧) انظر: النووي، الروضة، ج٤ص٤٢٩. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢٦٥.

أعيان محصورة، كفرسٍ من إسطبل، ثم إن الفقهاء بعد هذا متفقون على جواز أن تكون العارية مطلقة في وجوه الانتفاع مع مراعاة عرف الاستعمال، وجواز تقييدها بالزمان والمكان وكيفية الانتفاع وكميته.

د-ذهب جمهور الفقهاء[1] من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعي في القديم، إلى جواز أن يكون الدين- في ضمان الدين أو الكفالة- غير معلوم المقدار أو الصفة أو الجنس، وخالفهم في ذلك الشافعي في الجديد[2] فقال بعدم جوازه.

بناءً على ما تقدم يمكن القول: إن فقهاء المذاهب الأربعة، قد ساروا في عقود التبرعات على ما ساروا عليه في عقود المعاوضات، إلا أنهم خالفوا في بعض هذه العقود، مخالفةً لا تشكل قاعدة عامة بحيث يمكن اعتبارها استثناءً من المبدأ العام السابق بيانه، فالحنفية خالفوا في الكفالة فقط، والمالكية خالفوا في الهبة والكفالة، والشافعية خالفوا في بعض مسائل العارية، والحنابلة خالفوا في الكفالة فقط، ثم إنهم وإن عللوا -في بعض الأحيان- مخالفتهم هذه بأن هذا العقد عقد تبرع، إلا أنه لا يمكن طرد هذا التعليل في سائر عقود التبرع في أي مذهب من المذاهب.

٣- عقد النكاح:

لا خلاف بين الفقهاء[3] في وجوب تحديد المحل في عقد النكاح – وهو شخص المرأة- تحديداً تاماً يقطع جميع أنواع الاشتراك والعموم، بل إن الفقهاء حرصوا على

---

(١) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٣ص٩٠. الباجي، المنتقى، ج٦ص٨٣. البهوتي، كشاف القناع، ج٣ص٣٦٧. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢٠٢.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢٠٢.

(٣) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٣ص٨٧. الدردير، الشرح الكبير، ج٢ص٢٢٠. الشيرازي، المهذب، ج٢ص ٤١. البهوتي، الروض المربع، ج٣ص٦٩.

هذا الأمر حرصاً لا مثيل له في أنواع العقود الأخرى، حيث يُرى اتفاقهم على وجوب تحديد المعقود عليه تحديداً ذاتياً تتعين به المرأة محل العقد دون غيرها من النساء، في الوقت الذي أجاز بعضهم- في الأنواع الأخرى من العقود- أن يكون المحل واحداً من اثنين، أو جزءاً شائعاً، أو موصوفاً في الذمة وإن كان غير متعين في الواقع، إلى غير ذلك مما لا مثيل له في تحديد محل عقد النكاح، مما يجعل الالتزام بمبدأ التحديد يظهر في أبلغ صورة له في هذا العقد.

ومما لابد من الإشارة إليه هنا- وإن كان ليس محلاً في عقد الزواج ولكنه مستحق فيه- المهر وتحديده[1]، حيث يلاحظ أن الفقهاء قد أجروا القواعد السابقة في التحديد على هذا الصنف من المستحقات، كما أنهم أوجبوا الالتزام بمبدأ التحديد فيه إيجابهم له في المستحقات المالية الأخرى، غير أن بعض الفقهاء كالحنفية والمالكية توسعوا هنا قليلاً فيما يتسامح بتجاوزه وعدم ذكره حال التحديد، ولذا فإن بعض صور الجهالة التي لا تقبل عندهم في البيع قد قبلت في المهر[2].

المطلب الثاني: كيفية التعبير عن حدود المستحقات الثابتة بالتصرف الانفرادي

لم أعثر فيما اطلعت عليه من كلام الفقهاء القدامى والمحدثين على قاعدة عامة في كيفية التعبير عن حدود المستحقات الثابتة بالتصرف الانفرادي، أو على مبدأ عام يجب الالتزام به عند التعبير عن حدود هذه المستحقات، والسبب في هذا – كما يظهر للباحث- أن التصرفات الانفرادية لم تفرد بالبحث والتحليل إلا في الفقه المعاصر، أما التراث الفقهي الإسلامي فلم يكن يفصِل فصلاً تاماً بين ما هو عقد يتم بإرادة

(١) المهر باتفاق الفقهاء ليس محلاً في عقد النكاح ولا شرطاً فيه، وإنما هو واجب من واجباته، ولذا فهو ليس مستحقاً بالمعنى الذي أريده في هذه الرسالة ولكنه مستحق بالمعنى اللغوي.

(٢) انظر هذا وتفصيله في: الضرير، الغرر، ص٥٤٥.

طرفين، وبين ما هو عقد يتم بإرادة طرف واحد، وهو التصرف الانفرادي، مع معرفته التامة بمضمونه وتفصيله لأحكام التصرفات الواقعة ضمن نطاقه.

من هنا يمكن القول: إن قواعد التحديد السابق بيانها تسري على جميع أنواع المستحقات الثابتة بموجب التصرفات الانفرادية، وتبقى نقطة الاختلاف في مدى وجوب الالتزام بهذه الكيفية في هذا النوع من التصرفات، وهذا هو موطن البحث هنا.

أولاً: الذي يظهر للباحث من تتبع كلام الفقهاء في تقريرهم لأحكام التصرفات الانفرادية الواقعة على محل خاص لا على تصرف آخر، أنه لا مانع من أن يحدد المتصرف محل تصرفه تحديداً تاماً مانعاً من جميع أنواع الجهالة، بل إن إتيانه بالتصرف على هذه الصفة يعد من كمال التصرف وتمامه[1].

ثانياً: اختلف الفقهاء في التصرفات الانفرادية التي يجب فيها الالتزام بكيفية معينة عند تحديد المستحق فيها، وفيما يلي بيان آرائهم في أهم هذه التصرفات:

أ-اتفق الحنفية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] على وجوب تحديد محل الوقف (على غير المعين) تحديداً صحيحاً وتاماً، فلا يجوز وقف عينٍ مجهولة، وتسامح الشافعية قليلاً

(١) ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة وجدتها عند فقهاء المالكية تقتضي أن العمل الذي يمكن ضبطه ضبطاً صحيحاً لا تصح فيه الجعالة، بل السبيل إليه أن يقع ضمن عقد الإجارة، وهذه الصورة يمكن عدها من قبيل التمييز بين الوظيفة النوعية لعقد الجعالة وعقد الإجارة، لا من قبيل الاستثناء، وبهذا يضطرد الكلام الذي سبق بيانه.

(٢) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥ص٢٠٣.

(٣) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٣٧٧.

(٤) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤ص٢٤٣.

فجوزوا وقف عينٍ لم يسبق للواقف رؤيتها على خلاف مذهبهم في بيع العين الغائبة.

ب-اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة[1] على جواز الوصية (لجهات الخير) بالمجهول، على خلاف بينهم في كيفية تحديدها لاحقاً.

ج-اتفق المجوزون للجعالة- وهم المالكية والشافعية والحنابلة- على جواز أن يكون العمل في الجعالة مجهولاً، إذا كان متعذر التحديد، أما إذا كان غير متعذر التحديد فأوجب الشافعية والحنابلة تحديده، ولم يجز المالكية التعاقد عليه بالجعالة[2].

أما الجُعل المبذول مقابل العمل، فقد اتفقوا على وجوب تحديده، وأجاز المالكية والحنابلة أن يكون قابلاً للتحديد لاحقاً، كأن يكون حصة معلومة من المال المتحصل من رد الضالة أو ما شابه[3].

د-اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة[4] على وجوب تحديد المحل في كلٍّ من الطلاق والظهار، وكلامهم في الرجعة مشعر بهذا أيضاً.

هـ-اتفق الفقهاء على جواز أن يكون الإذن بالتصرف مطلقاً ومقيداً، فإن كان مقيداً وجب الالتزام فيه بحدود القيد، وإن كان مطلقاً حمل على المتعارف من الإذن[5].

---

(١) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨ص٤٧٢. الدسوقي، الحاشية، ج٤ص٤٣٣. الشربيني، مغني المحتاج، ج٣ص ٤٥. ابن مفلح، المبدع، ج٦ص٥١.

(٢) انظر: الدسوقي، الحاشية، ج٤ص٦٣. العدوي، علي الصعيدي، حاشية على شرح الرسالة (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤١٢هـ) ج٢ص٢٥٠ وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٤٢٩ وما بعدها. ابن مفلح، المبدع، ج٥ص٢٦٧ وما بعدها.

(٣) انظر المراجع السابقة.

(٤) انظر: الكاساني، البدائع، ج٣ص٩٨ و١٨٣ و٢٣٣. المواق، التاج والإكليل، ج٤ص٤٣ و٩٩ و١١١. الشيرازي، المهذب، ج٢ص٨٠ و١٠٢ و١١١. ابن قدامة، الكافي، ج٣ص ١٦٧ و٢٢٧ و٢٥٥.

(٥) انظر: ابن عابدين، الحاشية، ج٦ص١٥٦. الدسوقي، الحاشية، ج٣ص٣٠٣. النووي، الروضة، ج٤ص٢٢٠. ابن مفلح، المبدع، ج٤ص٣٤٨.

و-اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة(1) على جواز النذر المبهم، فمن قال:" لله علي نذر" وسكت، فإن نذره صحيح، ثم عليه كفارة يمين عند الحنفية والمالكية والحنابلة، وقال الشافعية: يتخيّر بين كفارة اليمين وأداء قربة أخرى. ثم إن الفقهاء- على ما ظهر لي- لا يشترطون كيفية معينة يسلكها الناذر إذا أراد تحديد محل النذر(المنذور)، بل إنهم يعتبرون أن أي كلام صحيح من جهة اللغة يصادف محلاً ما ينطبق عليه، مع مراعاة اعتبارات أخرى حال تفسيره.

ز-الذي يظهر للباحث من كلام الفقهاء في باب الأيمان، أن اليمين لا تصح إلا بذكر المحلوف عليه، أي محل اليمين، لكن الفقهاء لا يشترطون كيفية معينة لتحديد المحلوف عليه هذا، فأي كلام صحيح من جهة اللغة يعتبر كافياً للدلالة على محلوفٍ ما، ثم يكون تفسيره لاحقاً بناءً على اعتبارات عدة كالعرف والنية وغير ذلك مما سيأتي ذكره بإذن الله تعالى.

ثالثاً: الذي يظهر لي من الأقوال المتقدمة في التصرفات الانفرادية المختلفة، ومما علل به الفقهاء أقوالهم تلك، أن هناك ثلاثة أوصاف تؤثر في وجوب الالتزام بكيفية معينة عند تحديد المستحق، وفي عدم وجوب ذلك، وهذه الأوصاف هي:

أ-تعلق حق الآدميين بالمستحق محل التصرف، وهذا يؤثر إيجاباً في الالتزام بكيفية معينة في التحديد، وبيان ذلك أن عدم التحديد يؤدي إلى اختلاط حق المتصرف بحق الغير، وفي هذا ما يؤدي إلى المنازعة، التي لا يمنع حصولها إلا التحديد ابتداءً. ويظهر أثر هذا الوصف جلياً في الطلاق والظهار والرجعة والجعل، التي اتفق الفقهاء على وجوب تحديدها تحديداً صحيحاً.

---

(1) انظر: الكاساني، البدائع، ج5ص92. المواق، التاج والإكليل، ج3ص270. الأنصاري، فتح الوهاب، ج2ص357. ابن قدامة، المغني، ج10ص68.

ب-كون التصرف مما يلاحظ فيه معنى التعبد والقربة، وهذا الوصف يؤثر سلباً في وجوب الالتزام بكيفية معينة للتحديد، وبيان ذلك أن عدم تعلق حق الآدميين بهذا التصرف يمنع من إفضائه إلى المنازعة، فلا يبقى مانع من إجراء لفظ المكلف على أي مدلول صحيح له، علاوة على ما في ذلك من توسيع وجوه القربات العائد نفعها للفقراء والمساكين وأمثالهم، ثم إن إبراء ذمة المتصرف من حق الله تعالى تكون بتفسير اللفظ الصادر منه على أحد الوجوه التي يحتملها، وبهذا يمكن فهم كلام الفقهاء في عدم إيجاب تحديد المنذور أو تحديد المحلوف عليه، وتجويز الوصية لجهات الخير بالمجهول.

ج-كون الشخص المتأثر بتبعات التصرف قادراً على عدم الاستمرار فيما شرع به من التزامات تجاه طرفٍ آخر، وهذا يؤثر سلباً في وجوب الالتزام بكيفية معينة في التحديد، لأن هذا الشخص متى تبين له أنه غير قادر على الوفاء بتبعات هذا التصرف، فإن له أن يوقف استمراره وأن يوقف جميع التبعات التي جرّها عليه، كما هو الحال في الإذن بالتصرف والجعالة بالنسبة للعامل، اللذين أجاز الفقهاء عدم تحديدهما تحديداً تاماً.

أما إذا اجتمع وصفان من الأوصاف السابقة في تصرف من التصرفات فإنه يرجح بينهما، فالوقف مثلاً اجتمع فيه أمران: تعلق حق الغير (الموقوف عليهم) وقصد التعبد والقربة، لكن الفقهاء -على ما ظهر لي- قدموا مراعاة حق الغير على غيره، فقالوا بوجوب التحديد لأن عدم مراعاة حق الغير يفضي إلى المنازعة، وهذه مفسدة درؤها أولى من جلب منفعة أخرى.

المطلب الثالث: كيفية تفسير الألفاظ الواردة في تحديد المستحقات الثابتة بالعقد والتصرف الانفرادي

تفسير ألفاظ العقود والتصرفات الانفرادية عامةً، وما تشتمله هذه التصرفات القولية من ألفاظ دالةٍ على تحديد المستحقات الثابة بها خاصةً، يخضع في الفقه الإسلامي إلى جملة من المبادئ العامة التي تتفرع عنها جملة أخرى من القواعد الكلية، التي تنتظم عدداً كبيراً من الفروع والتطبيقات المختلفة، وهذا ما سأحاول تجليته في هذا المطلب.

أولاً: المبادئ العامة[1]:

المبادئ العامة التي يخضع لها تفسير التصرف القولي في الفقه الإسلامي يمكن إجمالها في أربعة مبادئ رئيسية، وهي:

١ - **اعتبار الإرادة الظاهرة**[2] التي يدل عليها اللفظ دون الإرادة الباطنة، فالألفاظ التي يستعملها المكلف في التصرف القولي، تعتبر كافية للدلالة على رضاه، الذي هو الأساس الشرعي لاعتبار هذا التصرف، وابتناء الحقوق والالتزامات عليه، قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، "فالفقه الإسلامي نزعته موضوعية، والعبرة فيه بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة... إذ يجب الوقوف عند الصيغ والعبارات الواردة في

(١) راجع هنا: الزرقا، المدخل، ج١ص٣٥١-٣٥٤. السنهوري، مصادر الحق، ج٦ص٢٢- ٣٦. مذكور، الوسيط، ج٣ص٨٩٤-٩٥٠.

(٢) الإرادة الظاهرة هي: "التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام أو بفعل صادر من المتعاقد المختار". الزرقا، المدخل، ج١ص٣٥٣.

العقد، واستخلاص معانيها الظاهرة، دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معانٍ أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة"[1].

ولا يرد على هذا المبدأ إلا استثناء وحيد، وذلك في باب اليمين والنذر وما جرى مجراهما من ألفاظ الطلاق والعتاق، إذ للنية مدخل كبير في تحديد مدلولات الألفاظ لأن هذه التصرفات القولية لها جانب دياني موكول إلى أمانة المكلف، فتراعى النية مادام اللفظ محتملاً لها، وما دام الأمر غير متعلق بحقوق الآخرين أصالة.

ولا يشكل على هذا المبدأ اعتبار النية الباطنة في الحكم على بعض العقود والتصرفات بالصحة أو البطلان في بعض المذاهب الفقهية[2]، فهذا ليس موضوع البحث هنا، إذ البحث هنا عن تفسير العقد الذي حكم بصحته ومشروعيته، ففي هذا العقد تكون الإرادة الظاهرة "هي العامل في العقد دون الحاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة، ما دامت تلك الإرادة الحقيقية مستورة لا يوجد دليل ينفيها، فتبقى الإرادة الظاهرة هي المنفردة في ميدان البيان، فتكون دليلاً كافياً على وجود الإرادة الحقيقية، وتثبت أحكام العقد بهذه الإرادة الظاهرة التي تعتبر عندئذ هي العامل في أصل انعقاد العقد وفي تحديد حدوده وقيوده الالتزامية"[3].

ومما لابد من الإشارة إليه هنا أن هناك فرقاً بين الاعتداد بظاهر اللفظ وبين الاعتداد بمعناه، لأن ظاهر اللفظ ليس بالضرورة أن يكون هو المعنى الذي قصده المتعاقدان أو أحدهما من اللفظ المستخدم، إذ هو أحد وجوه فهم اللفظ وليس واحدها، على ما مر بيانه في المبحث السابق، وعليه فإن الفقهاء عندما يقابلون أحياناً

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، ج٦ص٢٣ بتصرف.

(٢) راجع مسألتي بيع العينة ونكاح التحليل في المذهب المالكي والحنبلي. انظر مثلاً: الدردير، الشرح الكبير، ج٢ص٢٥٨، ج٣ص٨٨. ابن قدامة، المغني، ج٤ص١٢٧، ج٧ص١٣٨.

(٣) الزرقا، المدخل، ج١ص٣٥٣-٣٥٤.

بين المقاصد وبين الألفاظ فإنهم يقابلون بين المعنى الظاهر وبين المعنى الحقيقي للفظ، فيقدمون المعنى الحقيقي على المعنى الظاهر حال تعارضهما، يؤيد هذا الأمثلة التي يذكرونها على هذه القاعدة، وهي من مثل : "ما لو قال: وهبتك هذه الدار بثوبك هذا، كان بيعاً بالإجماع"[1]، فظاهر اللفظ يدل على أن العقد هنا عقد هبة، لكن الظاهر قد صرف إلى معنى البيع بقرينة مستفادة من نفس ألفاظ العقد لا من غيرها، وهي قوله:" بثوبك هذا" فكان المعنى الذي آل إليه العقد مستفاداً من مجمل الكلام لا من جزء منه دون جزء.

٢- اعتبار العرف والعادة:

والمقصود هنا عرف الناس وعاداتهم في التخاطب، وفي التعبير عن المعاني التي يريدون إفهامها للآخرين، فالعرف القولي في حقيقته: جريان قولٍ بين الناس على دلالة معينة، بحيث تصير هذه الدلالة هي المألوف منه دون غيرها، ولذا فلا يصار عند تفسير التصرف إلى ما يخالف هذا المألوف أو يصادمه، إذ الغالب أن تكون إرادة المتعاقد قد توجهت إليه دون غيره.

ويعود اعتبار العرف والعادة هنا إلى أن للعرف دوراً كبيراً في تشكيل دلالة الألفاظ، بل وفي إيجادها أحياناً، فكم من لفظ قد تعارف الناس على استعماله على وجه الحقيقة (الحقيقة العرفية) في معنىً مغاير للمعنى الذي دلّ عليه بأصل الوضع (الحقيقة اللغوية)، بل إن سلطان العرف يشمل أساليب التخاطب والتعبير أيضاً، فكثير من هذه الأساليب قد نشأ وتطور باستعمال الناس له واعتيادهم عليه[2].

وهذا التوسع في اعتبار العرف عند تفسير ألفاظ المكلفين لا نجد مثيلاً له في تفسير

(١) الباز، شرح المجلة، ص١٩.

(٢) من هنا قال الحنفية بحجية مفهوم المخالفة في كلام الناس دون كلام الشارع.

ألفاظ الشارع، لأن ألفاظ الشارع معصومة، ومتجاوزة لحدود الزمان والمكان، على خلاف ألفاظ المكلفين، يقول الإمام ابن حجر المكي: "لا تبنى عبارات الواقفين على الدقائق الأصولية والفقهية والعربية... و إنما نبنيها على ما يتبادر ويفهم منها في العرف، وعلى ماهو أقرب إلى مقاصد الواقفين وعاداتهم"[1].

٣- تفسير الشك لمصلحة المدين:

التعبير عن هذا المبدأ بهذه الصورة مقتبس من القانون "إلا أنه يتفق كل الاتفاق مع قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي، فهناك قواعد كلية ثلاث... تتضافر كلها على إقرار هذا المبدأ: القاعدة الأولى: هي أن "اليقين لا يزول بالشك" فإذا كان هناك شك في مديونية المدين، فاليقين أنه بريء الذمة، ولا يزال هذا اليقين بالشك. والقاعدة الثانية:"الأصل بقاء ما كان على ما كان"، وبراءة الذمة تسبق المديونية، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت، ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين... والقاعدة الثالثة:" الأصل براءة الذمة، فيفرض فيمن يُدعى عليه الدين أنه بريء الذمة، حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع على أن له ديناً في ذمته، وإذا كان هناك شك في مديونية المدين استصحب براءة ذمته، وفسِّر الشك في مصلحته"[2].

٤- مراعاة طبيعة التصرف:

أي طبيعة التصرف الذي باشره المكلف من بيع أو إجارة أو إعارة...إلخ فكل تصرف قولي له طبيعة خاصة وأحكام تميزه عن غيره من التصرفات، وهذه الطبيعة (الغرض النوعي) هي التي تجعل المكلف يقبل على هذا التصرف أو ذاك دون غيره

---

(١) نقل هذا القول: ابن عابدين، مجموعة الرسائل، ج٢ص١٤٦.

(٢) السنهوري، مصادر الحق، ج٦ص٣١. وما قاله هنا موافق لما جاء في شرح هذا القواعد عند السيوطي، الأشباه، ص٣٩،٣٧. وابن نجيم، الأشباه، ص٤٩-٥٠.

استجلاباً لآثاره المترتبة شرعاً، مما يجعل مراعاة هذه الطبيعة أمراً لابد منه تتميماً للغرض الذي شرع من أجله التصرف، وتحقيقاً لما قصد منه، وإن لم يكن منصوصاً عليه في صيغة العقد، باعتبار أنه متضمن فيه ابتداءً.

ومن هنا نجد الفقهاء قد عمدوا إلى بيان ما تتضمنه الألفاظ المطلقة المستخدمة في العقود من معانٍ وحدود، وإن لم يكن منصوصاً عليه صراحةً، اكتفاءً بمراعاة طبيعة التصرف والغرض الذي يراد منه، على ما سنرى تفصيله لاحقاً إن شاء الله.

ثانياً: القواعد الكلية:

فيما يلي ذكر لمجموعة من القواعد الفقهية الكلية[1] التي تدعم المبادئ التي سبق ذكرها، وقد قمت بتصنيفها بحسب المبدأ الذي تؤيده، وهذا مع ملاحظة طبيعة القواعد الفقهية من حيث إمكانية اشتمالها على معانٍ متعددة، فبعض هذه القواعد كما يمكن توظيفه في خدمة المبادئ السابقة يمكن توظيفه في غيرها، وذلك بحسب الزاوية التي ينظر إليها منها.

فمن القواعد التي تؤيد مبدأ الاعتداد بالإرادة الظاهرة: "الأصل في الكلام الحقيقة"، و"لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح"، و"دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه"، و"إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع"، و"إعمال الكلام خير من إهماله"، و"إذا تعذر إعمال الكلام يهمل"، و" ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله"، و" المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة"، و"الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر"، و "السؤال معاد في الجواب".

---

(١) اكتفيت هنا بذكر القاعدة دون تفصيل خشية التكرار، فبعض هذه القواعد قد سبقت الإشارة إليه فيما مضى، وبعضها الآخر سيأتي تفصيله في سياق أليق به. ويمكن مراجعة هذه القواعد في مواد مجلة الأحكام العدلية من ١ - ٩٩ وشروحها.

ومن القواعد التي تؤيد مبدأ الاعتداد بالعرف: "العادة محكمة"، و "استعمال الناس حجة يجب العمل بها"، و "الممتنع عادة كالممتنع حقيقة"، و "الحقيقة تترك بدلالة العادة"، و "إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت"، و "العبرة للغالب الشائع لا للنادر"، و"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

أما القواعد التي تؤيد مبدأ مراعاة التصرف فهي: "من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته"، و "التابع تابع"، و "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه"، و "إذا سقط الأصل سقط الفرع"، و "الغرم بالغنم"، و "الخراج بالضمان".

هذا وقد سبق لي في معرض الحديث عن المبدأ الرابع أن ذكرت القواعد التي يقوم عليها وهي: "اليقين لا يزول بالشك"، و "الأصل بقاء ما كان على ما كان"، و "الأصل براءة الذمة".

ثالثاً: تطبيقات:

فيما يلي بعض التطبيقات الفقهية التي تظهر كيفية فهم وتفسير الألفاظ المستعملة في التصرفات القولية، وفي تحديد محل التصرف على وجه الخصوص، وقد اخترت نموذجين يعبران عن ذلك أحدهما من باب العقود وهو البيع، والثاني من باب التصرف الانفرادي وهو المحلوف عليه.

١- النموذج الأول:

يتعرض الفقهاء[١] في باب البيع إلى تفسير جملة من الألفاظ المستعملة في تحديد المبيعات الأكثر شيوعاً في زمانهم، وهم عادة لا يتعرضون إلى تفسير الألفاظ الواضحة

---

(١) انظر على سبيل المثال: ابن عابدين، الحاشية، ج٤ ص٥٥١، ٥٤٨. الدسوقي، الحاشية، ج٣ص١٧١. النووي، الروضة، ج٣ص٥٣٦. ابن قدامة، المغني، ج٤ص٥٩.

المدلول، لأن هذه الألفاظ لا تحتمل إلا وجهاً واحداً في تفسيرها، وهو الوجه الذي يمكن إدراكه بمقتضى العرف أو اللغة، ولذا فهم يتعرضون هنا إلى ذكر الألفاظ الخفية وكيفية تفسيرها، وأكثر ما يكون خفاء هذه الألفاظ من جهة الإطلاق، إذ بالإطلاق تتعد دلالات اللفظ وتكثر الاحتمالات الواردة عليه، فلفظ الأرض -مثلاً- إذا ورد مطلقاً في عقد البيع فإنه يحتمل أن يكون المقصود به الأرض وحدها، كما يحتمل أن يكون المقصود به الأرض وما عليها من بناء أو غرس وشجر، فكان من الواجب وضع تفسير لهذا اللفظ المطلق وأمثاله، بحيث يعرف المقصود منه ويعرف ما يدخل فيه وما لا يدخل[1].

وقد حاول بعض الفقهاء المحدثين[2] من خلال تتبع هذه الألفاظ وما دلّت عليه، ومن خلال تعليلات الفقهاء لذلك، أن يضع بعض الضوابط التي تجمع الصور المختلفة لها، فكانت النتيجة كالآتي: يشمل البيع عند الإطلاق على ما يلي:

أ- كل ما يتناوله اسم المبيع بحيث يعد جزءاً حقيقياً منه بحسب مدلول اسمه، ففي بيع الدار يدخل المطبخ والغرف والأدراج المثبتة التي فيها، وفي بيع السيارة تدخل الإطارات المطاطية والمقاعد وزجاج النوافذ.

ب- كل ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً إلى غرض الشراء، لأنه في حكم الجزء من المبيع، ففي بيع القفل يدخل مفتاحه، وفي بيع الساعة اليدوية يدخل سيرها (الكستك)، وتعليل هذا: أن الانتفاع المقصود من المبيع بعقد البيع يتوقف على هذه الأشياء، وإن كانت مستقلة عنه في الوجود، فيكون عدم ذكرها اعتماداً على أن دخولها مفهوم من طبيعة العقد، كما يستغنى بذكر الكل عن ذكر الأجزاء التي يتألف منها.

---

(١) راجع هنا: القضاة، إبراء الذمة، ص٦٨-٧٠.

(٢) انظر: المرجع السابق. الزرقا، العقود المسماة، ص٥٥-٥٨. حيدر، شرح المجلة، ص٢٣٠-٢٣٦.

جـ- كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار، أي: ملحقاً بالمبيع على وجه الدوام، لا يرفع ولا يحول، ففي بيع الدار تدخل الأقفال الثابتة التي في الأبواب ومفاتيحها، كما تدخل تمديدات الكهرباء، وعدادات الماء والكهرباء والغاز...إلخ.

د- كل ما جرى العرف والعادة ببيعه مع المبيع تبعاً له، وإن لم يكن داخلاً تحت الضوابط السابقة، ففي بيع السيارة تدخل الرافعة، والإطار الإضافي على ما جرى العرف عليه في معظم البلدان.

هـ- كل ما كان من توابع المبيع التي يعبّر عنها بالألفاظ العامة، كالحقوق والمرافق، بشرط أن تذكر هذه الألفاظ في العقد، ففي بيع الدار بجميع حقوقها يدخل حق العلو وحق المرور وحق المسيل...إلخ

٢- النموذج الثاني:

من يستعرض كتب الفقهاء في باب اليمين، يجد لهم عناية واضحة في تقرير مدلولات ألفاظ الأيمان، وبخاصة الألفاظ الدالة على المحلوف عليه، فتراهم يذكرون الفروع العديدة بضوابطها وتعليلاتها المختلفة، كي تستبين مدلولات هذه الألفاظ ويكون المكلف على بينة من أمره، وخاصة أن ألفاظ اليمين في الغالب يترتب عليها حكم دياني، والوفاء به موكول إلى ذمة المكلف وأمانته، إذ لا مطالب له من البشر -على ما يراه جمهور الفقهاء- كما هو الحال في ألفاظ العقود.

ويمكن لمن يتتبع كلامهم هنا أن يرجع هذا مسائل هذا الباب إلى ضوابط معلومة، ترد إليها الصور المشابهة والمحدثة مما لم يتعرض لها الفقهاء السابقون، و أهم هذه الضوابط ما يلي[1]:

---

(١) قارن: لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج٧ص٣٠٥-٣١٤.

الضابط الأول: مراعاة نية المستحلِف:

أي مراعاة المعنى الذي يريد المستحلف أن تقع اليمين عليه، وغالباً ما يكون هذا المعنى هو المعنى الظاهر للفظ، دون المعنى المجازي أو الكنائي، ومستند هذه القاعدة هو قول النبي ﷺ : "يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك"(١)، و بناءً على هذا "فإذا ادعى رجل على رجل حقاً فحلفه القاضي، فحلف وورّى غير ما نوى القاضي، انعقدت يمينه على ما نواه القاضي ولا تنفعه التورية"(٢)، فإن كان كاذباً وقعت يمينه غموساً والعياذ بالله.

وهذه القاعدة في تفسير ألفاظ اليمين متفق عليها بين جمهور الفقهاء من الحنفية(٣) والمالكية في المشهور(٤)، والشافعية(٥) والحنابلة(٦)، على تفصيل بينهم في شروط إعمالها.

الضابط الثاني: الرجوع إلى نية الحالف:

تراعى نية الحالف هنا إذا لم يكن ثمة مستحلف تجب مراعاة نيته، ونية الحالف هذه تقبل عند جمهور الفقهاء(٧) في تخصيص العام، وتقييد المطلق، و إرادة المجاز دون الحقيقة، وغير ذلك من المعاني التي يحتملها اللفظ، على تفصيل بينهم في ذلك.

---

(١) رواه مسلم، كتاب الأيمان، باب يمين الحالف على نية المستحلف، رقم ١٦٥٣.

(٢) النووي، شرح مسلم، ج١١ص١١٧.

(٣) انظر: السرخسي، المبسوط، ج٣٠ص٢١٥.

(٤) انظر: ابن جزي، قوانين الأحكام، ص١٠٨.

(٥) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ص٤٧٥.

(٦) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٩ص٤٢١.

(٧) انظر: السرخسي، المبسوط، ج٣٠ص٢١٥. ابن جزي، قوانين الأحكام، ص١٠٨. الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ص٤٧٥. ابن قدامة، المغني، ج٩ص٤٢١.

ومن الأمثلة على هذه القاعدة ما جاء عند الشافعية في قولهم: "ولو حلف لا يكلم أحداً! ثم قال: أردت زيداً، أو من سوى زيد. أو لا يأكل طعاماً! ونوى طعاماً بعينه تخصصت اليمين بما نوى فلا يحنث بغيره"[1].

الضابط الثالث: مراعاة بساط اليمين أو قرينة الفور:

ويقصد به هنا السبب الباعث على اليمين أو المهيج له، ويأتي اعتباره هنا بعد اعتبار نية الحالف، أي في حالة عدم وجود نية للحالف. والذي يظهر من كلام الفقهاء أن بساط اليمين هذا يؤثر في ظاهر اللفظ تأثير النية فيه، ولو كان المعنى الذي آل إليه اللفظ غير مقصود للحالف وغير مذكور في لفظه.

ومن الأمثلة على إعمال هذه القاعدة ما جاء عند الحنفية: "أن يقول(شخص) لآخر: تعال تغد معي. فقال: والله لا أتغدى! فلم يتغد معه، ثم رجع إلى منزله فتغدى، لا يحنث استحساناً، والقياس أن يحنث، وهو قول زفر. وجه القياس أنه منع نفسه عن التغدي عامًا فصرفه إلى البعض دون البعض تخصيص للعموم. ولنا أن كلامه خرج جواباً للسؤال فينصرف إلى ما وقع السؤال عنه، والسؤال وقع عن الغداء المدعو إليه فينصرف الجواب إليه كأنه أعاد السؤال وقال والله لا أتغدى الغداء الذي دعوتني إليه"[2].

هذا وقد قال باعتبار بساط اليمين أو ما في معناه جمهور الفقهاء من الحنفية[3] والمالكية[4] والحنابلة[5]، وخالف في ذلك الشافعية[6] فقالوا بعدم اعتباره.

---

(١) النووي، الروضة، ج١١ص٨١.

(٢) الكاساني، البدائع، ج٣ص١٣.

(٣) انظر المرجع السابق.

(٤) انظر: ابن جزي، قوانين الاحكام، ص١٠٨.

(٥) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٦ص٢٤٦.

(٦) انظر: النووي، الروضة، ج١١ص٨٢.

الضابط الرابع: الرجوع إلى المعنى اللغوي أو العرفي أو الشرعي للفظ:

وذلك عند انعدام كلٍّ من الأمور الثلاثة المتقدم ذكرها، والذي يظهر من كلام الفقهاء[1] أن اللفظ الواحد قد تتعدد معانيه بحسب الوضع اللغوي والعرفي والشرعي، ثم إن هذه المعاني قد تتعارض وقد تتفق ، فإن اتفقت فلا إشكال حينئذ؛ لأن معنى اللفظ قد تعين فوجب المصير إليه، وأما إن تعددت المعاني وتعارضت فلابد من تقديم أحدها على غيره، وسيكون لي وقفة مفصلة لبيان هذا الأمر في المبحث القادم إن شاء الله تعالى.

(١) انظر : الكاساني، البدائع، ج٣ص١٣ . ابن جزي، قوانين الاحكام، ص١٠٨ . النووي، الروضة، ج١١ص٨٢. البهوتي، كشاف القناع، ج٦ص٢٤٦.

المبحث الثالث:

كيفية تحديد المستحقات الثابتة بالفعل النافع وبالتعدي على حق الغير

هذا المبحث مخصص للكلام عن هذين النوعين من المستحقات لاشتراكهما في مسمى "الواقعة الشرعية البشرية" التي هي: حادثة مادية تنسب إلى الإنسان وفعله، يرتب الشارع عليها أثراً بمجرد حصولها[1]، فهذا الصنف من التصرفات يختلف عن التصرفات القولية من حيث إنه تصرف فعلي حقيقته حادثة مادية ذات آثار محسوسة في محلها، وهناك تصرف قولي مبناه إرادة صحيحة، معبّرٌ عنها بلفظٍ هو مدار البحث والعناية. وقد خصصت لكل نوع من هذين النوعين مطلباً خاصاً به.

المطلب الأول: كيفية تحديد المستحقات الثابتة بالفعل النافع

البحث في كيفية تحديد المستحقات الثابتة بالفعل النافع، يعني البحث في أمرين: **الأول**: الكيفية التي تُحدد بها تصرفات الشخص المباشر لهذا النوع من التصرفات، بحيث يُعد تجاوزه لهذا الحدّ مفوِّتاً لما ينشأ عن هذا الفعل من استحقاقات. **الثاني**: الكيفية التي يتم بها معرفة حدود المستحقات المترتبة على الفعل النافع بعد حصوله.

وهذان الأمران لم يتعرض أحد من الباحثين المعاصرين-فيما أعلم- لتناولهما، ولكن باستعراض كلامهم[2] في الأنواع المختلفة من التصرفات التي أدخلوها في مسمى الفعل النافع يمكن الوصول إلى النتائج التالية:

---

(١) راجع ما سبق بيانه بهذا الشأن ص١٦٨ من هذه الرسالة.

(٢) انظر: الخفيف، الملكية، ص٢٦٥. العبادي، الملكية، ص٢٦٩. أبو سنه، النظريات العامة، ص٨٠. الناهي، محاضرات عن القانون العراقي، ص٦٥-٧٧. لجنة القانون المدني الأردني، المذكرة الأيضاَحية للقانون المدني الأردني، ج١ص٣٤١.

أولاً: فيما يتعلق بالكيفية التي تحدد بها تصرفات المباشر للفعل النافع، يمكن الخروج بالقواعد التالية:

١-ليس هناك حدود خاصة يجب الالتزام بها حال وضع اليد على الأموال المباحة، فيجوز للمكلف أن يضع يده على القدر الذي يشاء من هذا النوع من الأموال، لكن ثمة قيود عامة يجب الالتزام بها وهي:

أ-اجتناب التعسف في استخدام هذه الإباحة، إذ التعسف ممنوع فقهاً حال استخدام الإباحات كما هو الحال عند استخدام الحقوق[1]، ومن صور التعسف هنا ما يسمى في الاصطلاح المعاصر: الرعي الجائر، والاحتطاب الجائر، الذي يلحق الضرر بالبيئة العامة، ويمنع ديمومة المصادر الطبيعية أو يستنزفها[2].

ب-مراعاة الأنظمة والقوانين التي يصدرها ولي الأمر في خصوص هذه الأموال، لمصلحة يراها[3].

ج-عدم الإضرار بالمصالح العامة ولو لم يتطرق إليها تشريع خاص، فقد نص الفقهاء[4]- مثلاً- على أن الأرض التي يتعلق بها مصلحة عامة للناس كالطرق ومسيل الماء والمرعى، لا تملك بالإحياء باتفاق أهل العلم.

٢-الفضالة العملية محدودة ابتداءً بالحال التي عليها الفضولي (المتفضل)، ولذا فهي تتبع إحدى صورتين: **الأولى**: أن يكون الفضولي قد استند في العمل الذي باشره

---

(١) راجع: الدريني، الحق، ص٢٠٥ وما بعدها.

(٢) راجع هنا: النجار، عبد المجيد عمر، قضايا البيئة من منظور إسلامي (قطر: وزارة الأوقاف، مركز البحوث والدراسات ١٤١٩ هـ).

(٣) انظر: مدكور، نظرية الإباحة، ص٣١٧ وما بعدها. العبادي، الملكية، ص٢٢٨ وما بعدها.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥ص٣٣٠.

إلى إذن القاضي، وهنا لابد من الالتزام بحدود ما أذن له به. **الثانية**: أن يكون الفضولي قد باشر العمل بغير إذن القاضي، وذلك لضرورة الموقف، كما في ترميم دار آيلة للسقوط، وإنقاذ متاعٍ من الحريق، فهنا يجب على الفضولي أن يلتزم بحدود الضرورة، أي بما تدعو إليه ضرورة الموقف عادة، لأن الضرورة تقدر بقدرها، وما زاد على حد الضرورة هنا، فهو تبرع محض، لا يدخل في مسمى الفضالة.

ويلحق بهذه الصورة الأخيرة حالة من يضطر إلى قضاء التزامٍ عن الغير بقصد دفع الضرر عن نفسه، كمن قضى دين آخر لفك متاعه من الرهن، فليس له أن يرجع على المدين الأول إلا بحدود دينه الأصلي، فلو فرض أنه قد أدى للدائن زيادة على الدين فإنها لا تلزم ذلك المدين.

الحالات الأخرى من الفعل النافع، كما في دفع غير المستحق، واختلاط الملكين، لا تتصور كيفية معينة يلتزم بها في التحديد، لأن الفضالة فيها تنشأ بحكم الواقع، أي نتيجةً لحادثة مادية قد حصلت وتمت على صورة وحدود معينة، ولذا فإن التحديد يأتي لاحقاً لتلك الحادثة لا سابقاً عليها كما في الصور المتقدمة.

ثانياً: فيما يتعلق بالكيفية التي يتم بها تحديد المستحقات الثابتة بالفعل النافع بعد حصوله.

للوقوف على القواعد المختصة بهذا الشأن لابد من أن التفريق بين صنفين من التصرفات النافعة: الصنف الأول: هو ذلك التصرف الذي نشأ عنه حق عيني بعد أن لم يكن موجوداً، أي أن محل هذا الحق لم يكن مشغولاً بحق آخر قبل حصول الفعل النافع، وهذا هو وضع اليد على الأموال المباحة (إحراز المباحات)، ويتميز هذا الصنف بأن النفع المتحصل منه يعود على الطرف المباشر له دون غيره. الصنف الثاني: هو ذلك الفعل النافع الذي نشأ عنه حق شخصي يستلزم أداء عين أو دين من الطرف المنتفع به، تجاه الطرف المباشر له،أو من قام مقامه، ويدخل في هذا الصنف سائر أنواع

التصرفات والأفعال النافعة غير وضع اليد على الأموال المباحة، وميزة هذا الصنف أن الفعل النافع قد أوجد علاقة شرعية (دَين) بين طرفين بعد أن لم تكن موجودة.

بناءً على ما سبق يمكن القول بأن الصنف الأول محددٌ بالفعل، فالأموال التي تم وضع اليد عليها- في الواقع- قد صارت هي المستحق الثابت لمحرزها، فواقع الأمر يدل على حدودها، ولا حاجة لتعريفها للغير، إلا من باب حفظ حق المالك في ملكه، كي لا يتعرض له أحدٌ من الناس مستقبلاً.

أما الصنف الثاني فلا بد من تحديده، لأنه أنشأ التزاماً بين طرفين: الأول: هو المباشر، والثاني: هو المنتفع، وما كان كذلك فلا بد فيه من تحديد تقطع عنده الالتزامات وتفصل، و كيفية هذا التحديد تتبع نوع المستحق الذي ثبت بموجب هذا التصرف، فإن كان عيناً من الأعيان كان على مدعيه أن يميزه بما تتميز به الأعيان، كالتسمية والإشارة والوصف التام، وإن كان ديناً من الديون فلا بد من بيان نوعه ومقداره وصفته، وإن كان عيناً قد هلكت أو استهلكت فإنه يصار إلى القيمة، التي يمكن معرفتها بالتراضي أو التقاضي، بحسب ما يقتضيه حال طرفي الالتزام.

المطلب الثاني: كيفية تحديد المستحقات الثابتة بالتعدي على حق الغير

تختلف الكيفية التي يتم بها تحديد المستحقات الثابتة بهذا النوع، باختلاف نوع الاعتداء، واختلاف الجهة المعتدى على حقها، فهو إما أن يقع على حق الله تعالى أو حق العبد أو الحق المشترك، وفيما يلي تفصيل ذلك:

أولاً: تحديد المستحقات الثابتة بالتعدي على حق الله تعالى:

الاعتداء على حق الله تعالى يكون بارتكاب فعلٍ من الأفعال التي حرّمها الله تعالى على عباده المكلفين، أو بالامتناع عن فعل من الأفعال التي أوجبها عليهم، والمستحق

الذي يثبت بهذا الصنف من الاعتداء لا يخلو من أن يكون حداً أو تعزيراً أو كفارةً أو قضاءً، وهذه الأنواع الأربعة تعرف كيفية تحديدها بإحدى طريقين، هما: النص والاجتهاد.

أما النص فيرجع إليه هنا، إذا كان المستحق حداً أو كفارةً أو قضاءً، فقد بينت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة مقادير الحدود والكفارات بياناً مفصلاً، من حيث نوعها وكميتها وكيفية تنفيذها أو أدائها، كما بينت وجوب الالتزام بهذه المقادير بلا زيادة أو نقص، وبلا تفريق بين حالة وأخرى من حالات ثبوتها، إذ هي من المقدرات التي لا مجال فيها للاجتهاد تشريعاً أو تنـزيلاً[1].

وأما القضاء فقد حدده النص أيضاً ولكن تحديداً عاماً، وذلك حين جعله مبنياً على المماثلة، بين الفرض الفائت والفرض المؤدى قضاءً، فقد قال ﷺ لمن سألته عن قضاء الحج: " أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته؟! اقضوا الله فالله أحق بالوفاء"[2]. فمن فاتته صلاة العصر -مثلاً- فقد وجب عليه أداء أربع ركعات بدلاً عنها، ومن فاته صيام شيء من رمضان فقد وجب عليه صيام مثله من غير رمضان، وهكذا في سائر أنواع الواجبات المؤقتة التي تفوت بفوات وقتها، مع مراعاة الأحكام الشرعية الأخرى.

هذا هو طريق النص، وأما طريق الاجتهاد فهو الطريق الذي يعرف به مقدار العقوبات التعزيرية، فهذا النوع من العقوبة مفوض إلى رأي الإمام ومن قام مقامه، يحكم فيه- بمقتضى اجتهاده- بما يراه مناسباً لتحقيق مقاصد الشريعة في إقامة

---

(١) تراجع هذه الأحكام في مظانها من كتب التفسير والحديث والفقه.

(٢) رواه البخاري في كتاب الحج، باب الحج والنذور عن الميت، رقم ١٧٥٤. وقال ابن حجر في فتح الباري (ج٤ص٦٦): "وفيه أن وفاء الدين عن الميت كان معلوماً عندهم ومقرراً، ولهذا حسن الإلحاق به" وقضاء الدين كما هو معلوم مبني على المماثلة.

العقوبات، من ردع وزجر وتأديب. وهذا هو المبدأ العام في هذا النوع من العقوبات، أما القواعد التي يجب مراعاتها في سبيل تحقيق هذا المبدأ فهي ما يلي(١):

١-لا بد للقاضي أن يراعي في الجرائم التي تستوجب التعزير: نوع الجريمة، وطبيعة المجرم، والظروف التي أحاطت بالفعل المعاقب عليه، كما يراعي حال المجني عليه، ومدى تأثره بذلك الفعل. فهذه العناصر تؤثر في تقرير العقوبة الأنسب للجريمة المعروضة بين يدي القاضي.

٢-بعد أن يدرس القاضي الواقعة المعروضة عليه، يتخير نوع العقوبة المناسبة لها، والتي يغلب على ظنه أنها الأنسب من حيث حصول القصد من العقوبة، في حق الجريمة ومرتكبها.

٣-بعد أن يتخير القاضي نوع العقوبة، لا بد له من أن يحدد مقدارها، وجمهور الفقهاء على أنه ليس ثمة حدٌّ أعلى يلتزم القاضي به في معظم أنواع العقوبات، ويستثنى من ذلك- عند غير المالكية- الجلد، فجمهور الفقهاء على أن عقوبة الجلد لا يصح أن يتجاوز بها حد معين، على خلاف بينهم في تحديد هذا الحد الأعلى، أما المالكية فالقاعدة عندهم مضطردة في الجلد وغيره(٢).

---

(١) انظر هنا: الكاساني، البدائع، ج٧ص٩٤. الدسوقي، الحاشية، ج٤ص١٤١. الشيرازي، المهذب، ج٢ص٢٨٨. الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ص١٩٣. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، السياسة الشرعية (بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت) ص٩٥. ابن قدامة، المغني، ج٩ص١٤٨. وانظر أيضاً: عامر، عبد العزيز، التعزير في الشريعة الإسلامية، (القاهرة: دار الفكر العربي، ط٤، ١٩٦٩م) ص٣٣٤-٣٤٣.

(٢) يرى الإمام أبو حنيفة أن الحد الأعلى للجلد تسعة وثلاثون سوطاً، وعن أبي يوسف روايتان الأولى أنه تسعة وسبعون والثانية أنه خمسة وسبعون، ويرى الشافعية أنه أربعون في الحر وعشرون في العبد، وقيل عشرون في كليهما، وقيل: يراعى في كل جريمة جنسها الذي ورد به الحد، وعند الحنابلة أقوال كالتي عند الشافعية. انظر: المراجع السابقة.

٤-بعد أن يجري القاضي القواعد الثلاثة السابق ذكرها، يصدر حكمه على صورة واضحة و مفهومة لجهات التنفيذ.

ثانياً: تحديد المستحقات الثابتة بالتعدي على حق العبد:

التعدي على حق العبد الخالص يكون بإتلاف ماله، أو بتفويت مصلحة مالية معتبرة عنه، وهذا النوع من التعدي يوجب التعزير في الحالات التي يعتبر فيها معصية، كما يوجب الضمان دائماً، أما التعزير فقد سبقت كيفية تحديده في النقطة السابقة، وأما الضمان فهو محل البحث هنا.

يطلق بعض الفقهاء على المستحق الثابت بالاعتداء على مال الغير اسم "التعويض"، فالتعويض -بهذا الاصطلاح- نوع خاص من أنواع الضمان، يثبت في هذا النوع من التعدي دون غيره، وقد جاء في تعريف الضمان عامةً أنه:" رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً "[(١)]، فهذا النوع من المستحقات" يستهدف إزالة الضرر، وإصلاح الخلل الذي طرأ على المضرور، وإعادة يد المالك إلى ما كانت عليه قبل الإضرار"[(٢)].

وتحديد هذا التعويض يخضع لمبدأ عام هو: "مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض كلما أمكن"[(٣)]، اتباعاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦] ، وهذا المبدأ العام يتفرع منه مجموعة من القواعد التي يجب مراعاتها عند التنزيل، في سبيل الوصول إلى التطبيق الأمثل في أنواع الأموال المختلفة، وهذه القواعد هي[(٤)]:

---

(١) الحموي، غمز عيون البصائر، ج٤ص٧.

(٢) فيض الله، نظرية الضمان، ص١٦٠.

(٣) المرجع السابق ص١٦٠، ومثله في: الزرقا، مصطفى أحمد، الفعل الضار والضمان فيه (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٠٩هـ) ص١١٩. الزحيلي، نظرية الضمان، ص٩٦. القانون المدني الأردني م ٢٦٦.

(٤) انظر المراجع السابقة. ابن عابدين، الحاشية، ج٦ص١٨٢. ابن حزي، قوانين الأحكام، ص٢١٦. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢٧٧، ج٤ص١٧٧. البهوتي، كشاف القناع، ج٤ص٦٨.

١-إذا كان محل التعدي عيناً قائمة في يد المعتدي- كما في الغصب والسرقة والاختلاس- ولم تهلك هذه العين أو تستهلك أو تتعيب، فإنه يجب ردها بذاتها إلى صاحبها، أو إلى من قام مقامه، اتباعاً لقوله عليه الصلاة والسلام: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"[١]، وبهذا يتحقق المبدأ العام للتعويض على أكمل وجه، لأن المماثلة قد حصلت من جميع الوجوه.

٢-إذا كان محل التعدي عيناً قائمة لم تهلك أو تستهلك، ولكنها تعيبت بسبب التعدي أو غيره، فهنا ينظر: فإذا كان العيب الحاصل فاحشاً، فصاحب العين بالخيار، إن شاء أخذ العين وبدل النقص، وإن شاء أخذ تمام القيمة، وترك العين للمعتدي، وإذا كان العيب يسيراً ضمن المعتدي النقص بلا خيار للمعتدى عليه. وهذا التفصيل عند الحنفية[٢] والمالكية[٣]، وقال الشافعية[٤] والحنابلة[٥] برد العين وبدل النقص في جميع الأحوال، وعلى كلا الرأيين فإن المقصود- كما هو ظاهر- تحقيق مبدأ المماثلة بقدر الإمكان.

٣-إذا كان محل التعدي عيناً قد هلكت أو استهلكت، ينظر: فإذا كانت العين من المثليات- وقد أمكن الحصول على مثلٍ لها- وجب ردّ المثل، أي: وجب على المعتدي أن يؤدي إلى المعتدى عليه أو من قام مقامه عيناً مساوية للعين التالفة في الجنس والصفة والمقدار، وهذه الأمور الثلاثة التي يكون بها تحديد التعويض تثبت بدعوى

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده ج٥ص ٨، ١٣. والحاكم في المستدرك ج٢ص٥٥. والبيهقي في السنن الكبرى ج٦ص٩٠ وما بعدها.

(٢) انظر: ابن عابدين، الحاشية، ج٦ص١٨٢.

(٣) انظر: ابن جزي، قوانين الأحكام، ص٢١٧.

(٤) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢١٩.

(٥) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٤ص١٠٩.

المعتدى عليه وبينته، أو بإقرار المعتدي.

وأما إذا كانت العين التالفة من القيميات، أو من المثليات التي تعذر الحصول على مثلٍ لها لانقطاعه من الأسواق، فإنه يصار إلى رد القيمة، أي تقدر قيمة العين المعتدى عليها بالنقود، وذلك بالرجوع إلى قول أهل الخبرة، ثم يلزم المعتدي بأداء ذلك المقدار المحدد إلى المعتدى عليه.

والعلة في إلزام المعتدي برد المثل في المثليات دون القيمة، أن المثل معادل للأصل صورةً ومعنىً، فكان أقرب إليه من القيمة، وبالتالي فهو أقرب إلى تحقيق المبدأ العام في التعويض، أما في القيميات- وما في حكمها- فإن الإتيان بالصورة متعذر فاكتفي بالمعنى الذي تحققه القيمة.

هذا هو المبدأ العام لتحديد الضمان في المتلفات المالية، وهذه هي القواعد التي تفرعت عنه، وهي في الجملة محل اتفاق بين الفقهاء[1]، غير أن لهم تفريعات أخرى على هذه القواعد لم تحظَ بمثل هذا الاتفاق، فيما يلي بيان لأهمها :

الفرع الأول: إذا كانت العين المعتدى عليها قائمة في يد المعتدي، ولم تهلك أو تستهلك أو تتعيب، ولكن نقص سعرها في وقت الرد عما كانت عليه وقت الأخذ، فهل يجب تعويض المعتدى عليه عن هذا التفاوت؟ بمعنى هل لتغير سعر العين أثر في تحديد التعويض عنها؟!

ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة[2] إلى عدم وجوب التعويض عن هذا

---

(١) انظر: ابن عابدين، الحاشية، ج٦ص١٨٢. ابن جزيء، قوانين الأحكام، ص٢١٧. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢١٩. البهوتي، كشاف القناع، ج٤ص١٠٩.

(٢) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٤ص١٣. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨ص١٢٥. الدسوقي، الحاشية، ج٣ص٤٥٢. النووي، الروضة، ج٥ص٣١. ابن قدامة، المغني، ج٥ص١٥١.

التفاوت في السعر، وذلك لعدم نقصان العين المعتدى عليها حقيقةً، وإنما النقص الحاصل سببه فتور يحدثه الله تعالى في قلوب العباد، فهو ليس نتيجةً مباشرةً لفعل المعتدي. في حين ذهب الإمام أبو ثور وبعض الشافعية[1] إلى القول بوجوب التعويض، وذلك لأن القيمة معتبرة في الضمان في غير هذا الموضع، فلا بد من اعتبارها هنا أيضاً، كما أن القيمة هذه صفة في العين المعتدى عليها فتضمن كسائر الصفات.

وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين[2] إلى التفريق بين حالتين: الأولى: أن تكون العين المعتدى عليها من الأعيان المتخذة للقنية، أي: أن المالك يتخذها للانتفاع بعينها لا بقيمتها بيعاً وشراءً، كما في الثياب والسيارات المعدة للاستعمال الشخصي، فهنا ترد العين دون تعويضٍ عن تفاوت السعر، وذلك لعدم الإضرار بالمالك من هذه الجهة. الثانية: أن تكون العين متخذةً للتجارة، أي: أن المالك يتخذها للاستفادة منها بالبيع حال ارتفاع السعر، وخاصةً في مواسم الطلب، فهذه لا بد من تعويض مالكها عما فاته من جراء انخفاض الأسعار، وذلك لتحقق الإضرار به من هذه الجهة، ويكون التعويض حينئذٍ بإلزام المعتدي بتملكها بأعلى سعر وصلت إليه، ويؤدى هذا السعر للمالك، ولا يقال برد العين وبدل التفاوت، لكي لا يجتمع أداء العين السالمة وقيمتها في ضمان واحد. وفي رأي الباحث أن هذا القول هو أقرب الأقوال إلى تحقيق المبدأ في التعويض، وبهذا يكون راجحاً على غيره.

الفرع الثاني: هل يجب تعويض المعتدى عليه عن منافع العين المغصوبة، أم يكتفى برد العين إلى صاحبها عند التعويض؟

هذه المسألة من أشهر مسائل الخلاف في الفقه الإسلامي، وهي في حقيقتها مبنية

---

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥ص١٥١. النووي، الروضة، ج٥ص٣١.

(٢) انظر: القضاة، إبراء الذمة، ص٤٨٩-٤٩٠.

على الخلاف في مسألة أخرى وهي: مالية المنافع، فمن رأى من الفقهاء أن المنافع أموال، قال بوجوب التعويض عن منافع العين المغصوبة حين الرد، ومن رأى عدم ماليتها قال بعدم وجوب ذلك[1].

وأما تفصيل آراء الفقهاء في هذه المسألة فهو كالآتي: ذهب الحنفية إلى القول بعدم ضمان منافع المغصوب مطلقاً[2]، واستثنى المتأخرون[3] منهم ثلاث حالات هي: غصب الوقف وغصب مال اليتيم، وغصب العقار المعد للاستغلال. في حين ذهب الجمهور[4] إلى القول بوجوب الضمان، على خلاف بينهم في بعض التفصيلات، وقد ساق كلٌّ من الفريقين أدلته التي اعتمد عليها في قوله هذا، وهي في المجمل لا تخرج عن تأييد الأصل المتقدم الذي بنيت المسألة عليه.

وعند النظر إلى هذه المسألة من خلال المبدأ العام في تحديد التعويض، وهو المساواة بين الضرر والتعويض قدر الإمكان، يرى الباحث أن ما ذهب إليه الجمهور أولى، وأقرب إلى الصواب، إذ لا مجال للشك في أن المعتدى عليه بالغصب قد تضرر من الحيلولة بينه وبين منافع العين المغصوبة، كتضرره من الحيلولة بينه وبين نفس العين، بل إن الضرر في كثير من الصور يكون منحصراً في الحيلولة بين المالك وبين الانتفاع بالعين، فلا وجه لعدم التعويض عن مثل هذا الضرر، والله تعالى أعلم.

الفرع الثالث: إذا ثبت وجوب أداء القيمة في أحد حالات التعدي، وكانت هذه

---

(١) راجع هذا المسألة بأدلتها مفصلة في: الخفيف، علي، المنافع (مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، سنة ٢٠، ١٩٥٠م) ص٩٧-١٤٨.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج١١ص٧٧.

(٣) انظر: ابن عابدين، الحاشية، ج٦ص٢٠٤.

(٤) انظر: ابن جزي، قوانين الأحكام ، ص٢١٧. النووي، الروضة، ج٥ص١٣. الشرواني، الحاشية، ج٦ص٢٤. ابن مفلح، المبدع، ج٥ص١٨٥.

القيمة قد تفاوتت ارتفاعاً وانخفاضاً في المدة الزمنية ما بين الاعتداء والأداء، فأي هذه القيم هو المعتبر في التعويض؟ هذه المسألة لها ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يكون إيجاب أداء القيمة قد ثبت بسبب إتلاف عينٍ قيمية بعد غصبها.

والصورة الثانية: أن يكون إيجاب أداء القيمة قد ثبت بسبب إتلاف عينٍ قيمية دون غصبها، كما في إتلاف العين المستعارة والمرهونة.

والصورة الثالثة: أن يكون إيجاب أداء القيمة قد ثبت بسبب غصب مالٍ مثلي وإتلافه ثم تعذر رد مثله لانقطاعه من السوق.

ولكل صورة من هذه الصور حكمها:

في الصورة الأولى للمسألة، ذهب الحنفية(١) والمالكية(٢) إلى إيجاب القيمة على ما كانت عليه يوم الغصب؛ اعتباراً لسبب ثبوت الحكم، فالضمان قد ثبت بمجرد الغصب، فالمعتبر قيمته آنذاك، في حين ذهب الشافعية(٣) إلى إيجاب أعلى قيمة وصلت إليها العين المتلفة في المدة بين الغصب والإتلاف، على اعتبار أن الضرر قد تحقق في جميع أوقات الغصب، وأن أقصى درجة وصل إليها الإضرار كانت في وقت ارتفاع السعر، فوجب اعتبار ذلك الوقت عند التعويض لتتحقق إزالة الضرر على وجهها الأكمل. أما الحنابلة(٤) فذهبوا إلى إيجاب القيمة على ما كانت عليه وقت التلف في بلد الغصب؛ على اعتبار أن المطالبة بالقيمة قد وجبت آنذاك، وقبل ذلك كان المطلوب هو رد العين إلى مالكها.

---

(١) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٤ص١٢ وما بعدها. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨ص١٢٥ وما بعدها.

(٢) انظر: الدسوقي، الحاشية، ج٣ص٤٤٥ وما بعدها. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢١٧

(٣) انظر: النووي، الروضة، ج٥ص٢٠.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥ص١٦٢ وما بعدها.

في **الصورة الثانية**: ذهب الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]، ذهبوا إلى إيجاب القيمة على ما كانت عليه يوم الإتلاف لأنه وقت الوجوب.

أما **الصورة الثالثة** ففيها خلاف كثير، فعند أبي حنيفة[5] تعتبر القيمة يوم القضاء بها، وعند أبي يوسف – وبه أخذت المجلة م/ ٩١٢– ونسب إلى المالكية[6] تعتبر القيمة يوم الغصب، وعند محمد بن الحسن[7] والحنابلة[8] تعتبر القيمة يوم الانقطاع، وعند الشافعية[9] تعتبر أعلى قيمة وصلت إليها العين في المدة بين الغصب وفقد المثل. وقد ذهب أصحاب هذه الأقوال إلى تعليلها بما يقرب من تعليلهم لأقوالهم في الصورة الأولى للمسألة.

يقول الأستاذ الزرقا معلقاً على هذه المسألة:" والذي يتأمل حجج هذه الآراء المختلفة يرى أن لكلٍّ منها وجاهته وأدلته، والاختلاف التطبيقي بينها لا يكون كبيراً طالما كانت الأسعار مستقرة، وكان الفاصل الزمني قصيراً بين وقت وقوع الفعل الضار، ووقت الحكم بالتعويض، لكن في الأوضاع الزمنية الراهنة، قد استجد أمران لهما أثر في هذا الموضوع:

---

(١) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٤ص١٢. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨ص١٢٥.

(٢) انظر: الدسوقي، الحاشية، ج٣ص٤٤٥ وما بعدها. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢١٧.

(٣) انظر: النووي، الروضة، ج٥ص٢٠.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥ص١٦٢.

(٥) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٤ص١٢ وما بعدها.

(٦) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥ص١٦٢ .

(٧) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٤ص١٢ وما بعدها.

(٨) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٥ص١٦٢ .

(٩) انظر: النووي، الروضة، ج٥ص٢٠ وما بعدها.

-**أحدها هو**: ازدياد الزمن الذي تستغرقه إجراءات التقاضي والفصل في الخصومات.

-**والثاني هو**: التضخم النقدي ونتيجته، أي: الارتفاع العام في الأسعار، الذي يلاحظ في جميع بلاد العالم، وإن كان بدرجات مختلفة. ويتوقع نتيجة لهذين العاملين المستجدين،أن يختلف تقدير قيمة الضرر اختلافاً كبيراً بحسب الوقت الذي يقدّر فيه.

ونرى أن المبدأ الشرعي الراسخ الثابت الذي ينبغي الاستهداء به هنا هو: أن الهدف من التعويض إنما هو جبر الضرر، أي: إعادة المضرور بقدر الإمكان إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوعه... فإذا أضيف إلى ذلك تعويضه عما فاته من كسب مؤكد فقد تم جبر مصابه.

فإذا نظرنا في ضوء ذلك إلى الحالات(1)... نرى أن أقرب ما يحقق العدل، ويجبر الضرر عملياً هو تقدير قيمته وقت الحكم به... وهذا يضمن عملياً حماية المضرور من الخسارة التي كانت ستلحقه حتماً لو قضي له بقيمة الضرر مقدرةً عند وقوعه، قبل سنوات طويلة أحياناً من وقت الحكم به، بعد أن ازدادت الأسعار زيادة كبيرة بسبب التضخم المستمر، حيث مبلغ التعويض غير كافٍ لجبر الضرر. ونرى تعميم هذا الرأي في اعتماد يوم القضاء على جميع أنواع الأموال، وما كان مثلياً قد انقطع أمثاله من السوق، وما كان قيمياً، وعلى سائر الأفعال الضارة في تقدير الضرر..."(2).

وهذا الكلام له وجاهته الفقهية نظراً لتبصره بالأحوال المعاصرة في أيامنا هذه، ولكن يؤخذ عليه انه يفترض تأثير العاملين المذكورين في جميع الأموال بصورة واحدة، وهذا في رأي الباحث غير دقيق، لما يُشاهد من أن السلع الكمالية

---

(١) أي: الصور السابقة للمسألة.

(٢) الزرقا، الفعل الضار، ص١١٩- ١٢٠.

والاستهلاكية تتأثر أسعارها انخفاضاً بمرور الزمن ولو لم تستعمل، نظراً لظهور الطرز الحديثة والمتقدمة منها، فهي ليست كالعقارات والمعادن الكريمة التي تحافظ على قيمتها الذاتية في غالب الأحوال، وبناءً على هذا فإن الباحث يرى تعديل رأي الأستاذ الزرقا باعتماد مذهب الشافعية الذي يقضي باعتبار أعلى سعر وصلت إليه العين التي يراد التعويض عنها، مع تعميمه على الصور الثلاثة للمسألة، فهو الرأي الأقرب إلى تحقيق المراد الذي أفاض الأستاذ الزرقا في بيانه وتصويره.

ثالثاً: تحديد المستحقات الثابتة بالتعدي على الحق المشترك:

التعدي على الحق المشترك له ثلاث صور: القذف، والاعتداء على النفس (القتل)، والاعتداء على مادون النفس، والمستحقات التي تثبت بموجب هذه الأنواع الثلاثة من التعدي تعرف حقيقتها وحدودها من أحد طريقين: الرجوع إلى النص الشرعي، وتقدير القاضي. وفيما يلي تفصيل ذلك:

الطريق الأول: الرجوع إلى النص الشرعي والالتزام بما فيه من تحديد خاص (مقدّر)، و يكون في الحالات التالية[1]:

١-إذا كانت العقوبة المستحقة حداً من الحدود، وهذا له صورة واحدة هنا، هي حد القذف الذي بينه قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ٤ ﴾ [النور: ٤].

٢-إذا كان المستحق الثابت بالتعدي كفارةً، والكفارة تثبت هنا حقاً خالصاً لله تعالى وإن كانت بسبب بعض أنواع هذا التعدي، والتي هي: القتل الخطأ، والقتل شبه الخطأ باتفاق الفقهاء، وذهب الشافعية[2] إلى إيجابها في القتل العمد أيضاً. وحدّ هذه

(١) راجع في هذه المسائل مظانها من كتب الفقه.

(٢) انظر: الشيرازي، المهذب، ج٢ص٢٧١.

الكفارة جاء في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ ثم قال: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾﴾ [النساء: ٩٢].

٣-إذا كان المستحق الثابت بالتعدي قصاصاً، والقصاص يثبت في : حالة القتل العمد بشروطه، وذلك لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] ، وفي الجناية على ما دون النفس بشروطها، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦].

ويلاحظ هنا أن النص قد حدد العقوبة تحديداً عاماً، وذلك حين جعلها مبنية على المماثلة، ولذا فلا بد من الرجوع إلى قول أهل الخبرة لمعرفة حدود الجناية التي وقعت في المجني عليه، وتحديد مثلها في الجاني عند إيقاع العقوبة عليه.

٤-إذا كان المستحق الثابت بالتعدي ديةً كاملة أو جزءاً منها، فالدية الكاملة تثبت أصالةً في جريمة القتل الخطأ، وجريمة القتل شبه العمد، كما تثبت على سبيل البدل في القتل العمد الذي لم تتوفر فيه شروط القصاص،أو عفا عنه ولي الدم، وفي الجناية على الأعضاء التي لا مثل لها في البدن كاللسان والأنف، وفي إزالة المنافع كالعقل والسمع، وفي جميع الحالات التي لا يجري فيها القصاص لسبب من الأسباب. أما بعض الدية، كنصفها أو ربعها أو غير ذلك، فيثبت -على سبيل البدل عن القصاص -في حالة الجناية على بعض الأعضاء من غير ما ذكر، ففي قطع أحد اليدين مثلاً يكون المستحق هنا نصف الدية، وفي قطع أحد الأجفان يكون ربع الدية، كما يثبت هذا المستحق في أحد جراحات البدن المسماة بالجائفة[1]، إذ يثبت فيها ثلث الدية؛ لقوله عليه الصلاة

(١) الجائفة: "هي الطَّعْنة التي تَنْفُذ إلى الجَوْف. يقال: جُفْتُه إذا أصَبْتَ جَوْفه" ابن الأثير، النهاية، ج١ص٣١٧.

والسلام: "وفي الجائفة ثلث الدية"[1].

والدية المشار إليها في هذه النقطة قد حددها قوله عليه الصلاة والسلام: "وإن في النفس مائة من الإبل"[2]، وفعله أيضاً في دية الصحابي الذي وجد مقتولاً في خيبر، حيث ورد الخبر بأنه "وداه بمائة من إبل الصدقة"[3].

ومما يذكر هنا أن المستحق الثابت بالتعدي قد يكون مقداراً معيناً من المال، كما في بعض أنواع الجراحات، التي بينت مقدر الواجب فيها نصوص عديدة من السنة كحديث زيد ﷺ: "وفي الموضحة خمس، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقلة خمس عشرة، وفي المأمومة ثلث الدية ..."[4] وغير ذلك من النصوص.

الطريق الثاني: الرجوع إلى اجتهاد القاضي وتقديره، ويكون هذا في حالات الاعتداء على ما دون النفس التي لم يجب فيها القصاص لسبب من الأسباب، ولم يرد فيها نص خاص يبين مقدار التعويض المالي الواجب فيها، وهذه الحالات هي[5]:

١ - جراحات الوجه والرأس التي دون الموضحة، كالحارصة[6] والدامية[7]، والباضعة[8]...إلخ.

---

(١) رواه ابن حبان في صحيحه ج١٤ص ٥٠٨، والحاكم في المستدرك، ج١ص٥٥٣.

(٢) هذا الحديث رواه النسائي في المجتبى، كتاب القسامة، باب القسامة، رقم ١٦٦٩.

(٣) متفق عليه، رواه البخاري في كتاب الحدود باب القسامة، رقم ٦٥٠٢. ورواه مسلم في كتاب القسامة باب القسامة،رقم ١٦٦٩.

(٤) رواه الدارقطني في كتاب الحدود والديات رقم ٣٥٨. وقريباً منه عند البيهقي في السنن الكبرى ج٨ص٨٢.

(٥) انظر هنا: المرغيناني، الهداية، ج٤ص١٨٢ وما بعدها. المواق، التاج والإكليل، ج٦ص٢٦٠ وما بعدها. النووي، الروضة، ج٩ص٢٦٨. ابن قدامة، المغني، ج٨ص٢٣٨.

(٦) الحارِصَة: هي الجراحة "التي تحرُصُ الجلد أي تَشُقُّه". ابن الأثير، النهاية، ج١ص٣٦٨.

(٧) الدَّاميةُ: هي "شَجَّةٌ تَشُقّ الجلد حتى يَظْهرَ منها الدم". ابن الأثير، النهاية، ج٢ص١٣٦.

(٨) الباضِعة: هي الجراحة "التَّي تأخذ في اللحم، أي تَشُقُّه وتَقْطعه". ابن الأثير، النهاية، ج٢ص١٣٤.

٢- جراحات البدن عموماً عدا الجائفة لورود نص فيها.

٣- الاعتداء الذي فيه إذهاب لبعض المنافع، كإذهاب بعض البصر أو البصر.. الخ.

والكيفية التي يتم بها تقدير حكومة العدل عند الفقهاء الأقدمين "أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به، ثم يقوم وهي به قد برئت، فما نقصته الجناية فله مثله من الدية، كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة، وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة، فيكون الواجب عشر ديته"[١].

ولا يخفى أن هذه الطريقة لم تعد ممكنة في أيامنا هذه لعدم وجود الرقيق، ولذا فقد اجتهد بعض الفقهاء المعاصرين[٢] في إيجاد طرق أخرى صالحة للتطبيق في زماننا هذا، وهي في الحقيقية مستمدة من بعض أقوال الفقهاء الأقدمين، ومن هذه الطرق:

إلحاق الضرر الذي لم يُنص على مقدار الواجب فيه، بأقرب ضرر نُصَّ فيه على ذلك، وبناءً على معرفة مقدار هذا من ذاك تحدد القيمة الواجب أداؤها. فمن أصيب -مثلاً- بجراحة دون الموضحة فإنه ينظر كم مقدار الضرر الحاصل منها بالنسبة للضرر الحاصل من الموضحة، فلو تبين- بناءً على قول أهل الخبرة- أنه خُمس ضرر الموضحة، فإنه يُقضى على المعتدي بخمس المقدار الواجب في الموضحة، أي بعير واحد، لأن أرش الموضحة خمس من الإبل نصاً[٣]. وتنسب هذه الطريقة في الأصل إلى

(١) ابن قدامة، المغني، ج٨ص٣٧٦. وانظر مثله في : السرخسي، المبسوط، ج٢٦ص٧٤. الدسوقي، الحاشية، ج٤ص٢٧١.

(٢) انظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٦ص٣٥٩. النجار، عبد الله مبروك، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون (القاهرة: دار النهضة العربية، ط، ١٤١١هـ) ص٤٥٩.

(٣) سبق تخريجه من حديث زيد رضي الله عنه.

الإمام الكرخي، الفقيه الحنفي المعروف[1].

اعتماد قول الأطباء في معرفة الضرر اللاحق بالمعتدى عليه، فيقدر الطبيب الثقة نسبة الضرر أو العجز الذي لحق بالمجني عليه ككل، وبناءً عليه يقدّر التعويض الذي يجب للمضرور.

وفي رأي الباحث أن هذا الطريق يجب أن يقيد بما قيد به الطريق السابق، بحيث يحتسب التعويض المراد معرفته هنا بالنسبة للتعويض المنصوص عليه في العضو المصاب لا في كل البدن، فمن اعتُدي عليه -مثلاً- اعتداءً أذهب بعض قدرته على البصر، فإن الطبيب يحدد نسبة الضرر التي لحقت بالعين المصابة مقارنة مع العين السليمة، كأن يقول: إن العين قد تضررت بنسبة ٥٠٪، وعليه يكون الواجب هنا هو ٥٠٪ من التعويض المقرر شرعاً في إذهاب منافع العين كاملة، وهو نصف الدية، فيكون التعويض المتحصل هنا هو ربع الدية. ولا يكون التحديد هنا بأن يقول الطبيب: إن الضرر اللاحق ببدن المصاب ككل هو ٢٥٪ مثلاً وعليه فإنه يجب أداء ربع دية البدن له، كما يفهم من قول بعض المعاصرين[2].

وهذا القيد الذي وضحته آنفاً ضروري حتى لا تتجاوز المقادير الشرعية المبنية في هذا الباب بمجرد الرأي، وحتى لا يوقف عند الدية كحد أعلى عند تعدد الجنايات، إذ من المقرر فقهاً[3] أن الاعتداء اللاحق بالبدن إذا أدى إلى أضرار متفرقة، كأن يؤدي إلى شجة دون الموضحة، وجرح فوق الجائفة، وإذهاب لبعض منفعة، فإن التعويض لا يتداخل، بل يحسب الواجب في كل ضرر بقطع النظر عن الواجب في غيره، ولو أدى ذلك إلى أن يكون مجموع التعويض أكثر من الدية، وهذا مع مراعاة شروط التداخل الأخرى.

---

(١) انظر: السرخسي، المبسوط، ج٢٦ص٧٤.

(٢) النجار، الضرر الأدبي، ص٤٦٠.

(٣) راجع في أحكام التداخل في الأروش والديات: لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج٢١ص٨٦-٩٠.

الفصل الثاني

وسائل تحديد المستحقات ومراتبها

تمهيد:

إذا كان تحديد المستحقات يقوم على بيان ما يحصل به التمايز بين مستحقٍّ ما، و بين غيره من الأشياء، فإن هذا يستلزم وجود أداة يظهر بها هذا البيان ويُعرف، فاستبانة الشيء في نفسه لا تكفي لحصول المعرفة به، بل لا بد من وسيلة تعبِّر عن هذه الاستبانة، وتنقلها إلى الخارج، ومن هنا يمكن تعريف هذه الوسيلة بأنها: الأداة التي يعبَّر بها تعبيراً صحيحاً عن حدود المستحق.

وهذا التعريف يحتوي على جملة من الأمور التي تتعلق بوسائل التحديد وهي:

١- إن وسيلة التحديد تعتبر ركناً من أركان التحديد، إذ بغيرها لا تستبين حدود المستحق ولا تظهر، لذا كان التحديد الخالي عن ذكر الوسيلة باطلاً وليس له اعتبار شرعي.

٢- إن وسيلة التحديد لا بد أن تكون مناسبة للمستحق الذي يراد تحديده، لأن استخدام الوسيلة غير المناسبة يعني عدم ظهور حدود المستحق كما يجب أن تظهر، مما يناقض المقصد الأساس من التحديد، وما كان كذلك فهو باطل أيضاً.

٣- إن تحديد المستحق تحديداً شرعياً صحيحاً، يستلزم - في بعض الحالات- استخدام أكثر من وسيلة من وسائل التحديد[1]، بحيث تتناول كل وسيلة جانباً من جوانب المستحق التي يراد بيانها، وهذا ينسجم مع المفهوم الفقهي[2] للتحديد، الذي

---

(١) فالمبيع مثلاً- في عقد البيع- يحدد من حيث هو هو، كما يحدد من حيث مكان تسليمه وزمانه.

(٢) راجع هنا: الشاطبي، الموافقات، ج١ ص٥٦-٥٧.

يعنى بتقريب صورة المحدود إلى عموم أذهان المكلفين، مع عدم تكلف إيصالهم إلى كنه الشيء المراد تحديده.

ومما لا بد من الإشارة إليه هنا أن وسائل التحديد ليست على سنن واحد من حيث الإبانة عن حدود المستحق، فبعضها أقوى في الدلالة على هذه الحدود من بعض، كما أن بعضها يمكن تفسيره على أكثر من وجه من وجوه المعاني، وهذا يقتضي التمييز بين مراتب هذه الوسائل من حيث القوة، بحيث يُعرف أيها أولى بالتقديم حال حصول التعارض بين وسيلتين من هذه الوسائل، كما يقتضي التمييز بين مراتب المعاني المختلفة- إن وجدت- التي تدل عليها الوسيلة الواحدة، بحيث يعرف أيها أولى بالتقديم حال حصول التعارض بين معنيين من معانيها.

وبناءً على هذا الأمر فقد خصصت المبحث الأول من هذا الفصل للبحث في وسائل التحديد، وفيما يتعلق بها من مسائل، أما الفصل الثاني فهو مخصص للحديث عن مراتب هذه الوسائل.

المبحث الأول: وسائل التحديد

الوسائل التي يتم من خلالها تحديد المستحقات تنقسم - فيما يرى الباحث- إلى قسمين رئيسيين: وسائل التحديد العامة، ووسائل التحديد الخاصة، وذلك تبعاً للدور الذي تؤديه هذه الوسائل في إبراز التحديد بصورة أو بأخرى، كما سيظهر في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: وسائل التحديد العامة

المقصود بهذا القسم هو: تلك الوسائل التي حقيقتها وصف شرعي عام، يُضبط به التحديد المراد إيقاعه على نوع ما من أنواع المستحقات.

وهذا يعني: أن هذه الوسائل لا تدل على التحديد بصورته النهائية التي تبنى عليها الأحكام المختلفة، وإنما هي بمثابة المعايير التي يجب الالتزام بها حال تحديد أي مستحق من المستحقات التي تنتمي إلى ذلك النوع المعيّن (الذي ارتبطت به الوسيلة) من المستحقات.

وأضرب على هذا مثلاً قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند عندما سألته عن النفقة:"خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[1]. فهذا النص الكريم واضح الدلالة على أن نفقة الزوجة محددة بمقدار معيَّن، والوسيلة التي ظهر بها هذا التحديد هي الكفاية على ما يقتضيه العرف، وهذا وصف عامّ ينطبق على النفقة الواجبة لهند ولغيرها من الزوجات، ولكن يختلف موجبه- عند التطبيق- تبعاً لما تحصل به الكفاية عرفاً، فهي قد تحصل لهند وأولادها بصاع من طعام في كل يوم، وقد تحصل لغيرها بأقل من ذلك أو أكثر، تبعاً للاجتهاد التنـزيلي الذي لا بد منه في كل واقعة تتطلب

---

(١) سبق تخريجه.

تحديد النفقة بناءً على هذا النص والوسيلة التي فيه.

وهذا يقودنا إلى القول بأن خصائص هذا النوع من الوسائل هي ما يلي:

١- إن هذا النوع من الوسائل لا يُظهر حدود المستحق بصورتها التطبيقية، وإنما يظهرها بصورتها التشريعية، ولذا فهو يستخدم في التحديد التشريعي لا في التحديد التنزيلي.

٢- كما أن كل تحديدٍ ورد من الشارع بوسيلة من هذا النوع، لا بد من الاجتهاد فيه مرةً أخرى، اجتهاداً يحيل هذا الوصف إلى وصفٍ مضبوطٍ قاطع كالأعداد والمقادير المخصوصة والكيفيات التي يستطيع المكلف من خلالها معرفة التحديد على وجه القطع واليقين.

بالإضافة إلى هذا فإن هذا النوع من وسائل التحديد كما يرد في النصوص التشريعية الثابتة من جهة الشارع، قد يرد في القواعد والضوابط الفقهية التي يضعها الفقهاء اعتماداً على تلك النصوص أو على جملة منها، ففي قول الفقهاء -مثلاً- :" تصرف الإمام على الرعية منوطٌ بالمصلحة"[1]، تحديدٌ لتصرفات الإمام بالمصلحة، وهذا وصف تشريعي عام يختلف موجبه من تصرف إلى آخر.

أمثلة على هذا النوع من الوسائل[2]:

١- الالتزام بالنص الشرعي والعمل بمقتضاه.

هذه الوسيلة العامة من وسائل التحديد، تكاد تكون من المعلوم بالدين بالضرورة،

---

(١) انظر: السيوطي، الأشباه، ص٨٣. ابن نجيم، الأشباه، ص١٠٦.

(٢) مما يلاحظ هنا أن هناك صلةً وثيقةً بين وسائل التحديد العام، وبين مصادر التحديد التنزيلي، فأي نص يأتي التحديد فيه بوسيلةٍ عامةٍ، يكون في الحقيقة قد أحال إلى مصدر من مصادر التحديد التنزيلي التي سبق ذكرها في الباب الماضي، ولذا سأقتصر هنا على بعض النماذج دون استقصاء مخافة التكرار.

إذ ما من مسلم إلا ويعلم وجوب اتباع ما أمر الله تعالى به، وكذا ما أمر به رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم، قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا ﴿٣٦﴾﴾ [الأحزاب: ٣٦].

والغرض من إثبات هذه الوسيلة هنا، الإشارة إلى أن بعض المستحقات قد تكفل النص الشرعي ببيانها وتحديدها تحديداً تاماً، بحيث يستفاد هذا التحديد من النص مباشرة دون حاجة إلى عملية اجتهادية أخرى للكشف عن حكم الشرع فيها، فكل ما يلزم المجتهد في مثل هذا النوع من التحديد هو فهم حقيقة النص ومدلوله بالطرق الشرعية المعتبرة، ثم إحالة ذلك إلى التنفيذ ليس إلا.

٢- الإحالة على العرف:

التحديد بالإحالة على العرف في التشريع الإسلامي، إما أن يكون صريحاً أو ضمنياً[١]، فالصريح أن ينص الشارع على أن هذا المستحق محدود بما حدده به العرف، والضمني أن يذكر الشارع مستحقاً من المستحقات باسمٍ أو وصفٍ لا ضابط له من نصٍّ آخر ولا من دلالته اللغوية، فعندها يصار إلى العرف لمعرفة حدود هذا المستحق.

ومما يؤيد أن التحديد قد يكون ضمنياً مثلما يكون صريحاً، ما جاء عند الحنفية حين قالوا: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"[٢]، وجعلوا من فروع هذه القاعدة مسألة هي" لو استأجر حانوتاً في سوق البزازين، فليس له أن يتخذه للحدادة أو الطبخ، أو نحو ذلك مما يؤذي جيرانه"[٣].

---

(١) قارن: حسنين، حسنين محمد، العرف و العادة (دبي: دار القلم، ط١، ١٤٠٨هـ) ص١١١-١١٣.

(٢) مجلة الأحكام، م ٤٥.

(٣) الزرقا، شرح القواعد، ص١٨٧.

٣- مراعاة التماثل:

المقصود هنا هو التماثل بين آثار التصرف سبب الاستحقاق وبين المستحق الثابت بموجبه، كما في قسم كبير من المستحقات الثابتة بموجب الفعل النافع، والمستحقات الثابتة بموجب التعدي على حق الغير، إذ يلاحظ أن النصوص التشريعية التي أثبتت قواعد التحديد في هذين البابين لم تنص- في أغلب الأحوال- على مستحقٍ ذي حدود معينة، يثبت بموجبه، بل اكتفت بمراعاة التماثل في كل حادثة بما يناسبها، ومن ذلك:

قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴿١٩٤﴾﴾ [البقرة: ١٩٤].

فهذه النص الكريم يوجب مراعاة المثل حال استيفاء الواجب بالتعدي على حقوق الناس، مع ملاحظة أسلوب القرآن الكريم في مقابلة الكلام بمثله، حيث سمّى ما يقابل العدوان عدواناً وهو ليس كذلك، وذلك من قبيل مقابلة الألفاظ بمثلها على سبيل المجاز[١].

قوله ﷺ : "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"[٢]. في هذا الحديث بيان لقاعدة عامة في التشريع الإسلامي، وهي وجوب رد الأعيان إلى مالكيها إذا أخذت بغير معاوضة، وفي هذا يدخل جميع الصور التي يكون المستحق فيها عيناً من الأعيان في مجالي الفعل النافع والتعدي على حق الغير.

ومما تنبغي الإشارة إليه هنا أن المثلية عند الفقهاء[٣]- كما فهموها من مجموع هذه النصوص- تنقسم إلى قسمين: مثلية تامة، وهي التي يتحقق فيها التماثل بين المحل

---

(١) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٢ص٣٥٦. الجصاص، أحكام القرآن، ج١ص٣١.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) راجع هنا مثلاً: السرخسي، المبسوط، ج١١ص٥٠. الكاساني، البدائع، ج٢ص١٩٩.

الفائت والمستحق الواجب بسببه صورةً ومعنىً، وسبيل ذلك رد الأعيان القائمة وردِّ المثل في المثليات، ومثلية قاصرة، وهي التي يتحقق فيها التماثل بين المحل الفائت والمستحق الواجب فيه معنىً فقط، والمراد بالمعنى هنا هو القيمة المالية، ولا يصار إلى المثلية القاصرة إلا عند العجز عن المثلية التامة، كما في إتلاف الأعيان القيمية، وانقطاع المثل من الأسواق.

٤ - مراعاة اللفظ وما دلّ عليه من معنى:

جميع المستحقات التي تثبت بالتصرفات القولية من عقود وتصرفات انفرادية، تعتبر محدودةً ابتداءً بما دلّ عليه اللفظ المستخدم في صيغة التصرف، وهذا التحديد العام يستفاد من النصوص التشريعية العامة التي دلّت على اعتبار ألفاظ المكلفين وسيلةً في تحديد هذا النوع من المستحقات، ومن ذلك:

أ- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، "لأن ظاهره إلزام كل عاقدٍ موجب عقده ومقتضاه"[١].

ب- قوله تعالى: ﴿وَلۡيُوفُواْ نُذُورَهُمۡ﴾ [الحج: ٢٩]، إذ يدل على إلزام الحاج بالوفاء بما أوجبه على نفسه من النذر، كل بحسب ما نذر من أصناف القربات والصدقات[٢].

ج- ما روي عنه عليه الصلاة والسلام من قوله: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"[٣]، وهو في معنى الحديثين السابقين.

---

(١) الجصاص، أحكام القرآن، ج٥ص٢٢٣.

(٢) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٢ص٤٥. الطبري، جامع البيان، ج١٧ص١٥٠. ابن كثير، التفسير، ج٣ص٢١٨.

(٣) سبق تخريجه.

المطلب الثاني: وسائل التحديد الخاصة

المقصود بهذا القسم من الوسائل هو: تلك الوسائل التي تُظهر التحديد بصورته النهائية الصالحة للتطبيق وابتناء الأحكام المختلفة.

فهذا النوع من الوسائل هو الذي يستعمله الشارع في الإبانة عن حدود المستحقات التي تولاها بنفسه دون الإحالة إلى مصدر آخر، كما أنه النوع الذي يجب على القاضي وعلى المفتي أن يستعمله حين الفصل في الوقائع والمسائل المعروضة عليه، باعتبار أن ما يقوله القاضي أو المفتي هو المحصلة النهائية لكل عمليات الاجتهاد والتشريع التي لا مدخل للمكلف غير المجتهد فيها.

ومن الأمثلة على استعمال هذا النوع من قبل الشارع، وما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ "فرض زكاة الفطر صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير..."[1]، ففي هذا النص- كما هو ظاهر- تحديد لأحد المستحقات الواجبة لحق الله تعالى وهي صدقة الفطر، والوسيلة التي استعملها النص في إظهار التحديد هي:" الصاع" المبيِّن لمقدار المستحق، و"التمر" أو "الشعير" المبيّن لجنس المستحق، وبهذا يكون المستحق قد حُدد بصورة نهائية، لا يختلف موجبها من واقعة إلى أخرى، ولا تحتاج إلى اجتهاد آخر للكشف عن حقيقتها في كل واقعة تجب فيها صدقة الفطر.

من هنا يمكن القول : إن هذا النوع من الوسائل يُظهر حدود المستحق إظهاراً تاماً، حيث لا تحتاج هذه الحدود إلى اجتهاد آخر في بيان موجبها، أو ما دلّت عليه في خصوص الواقعة التي ورد التحديد بشأنها.

وهذا النوع من الوسائل يستعمل في موضعين:

١- إظهار حدود "المقدرات"، وهي المستحقات التي تكفّل الشرع ببيان حدودها

---

(١) رواه البخاري، أبواب صدقة الفطر، باب صدقة الفطر على العبد وغيره، رقم ١٤٣٣.

بياناً قاطعاً لا مجال للاجتهاد فيه.

٢ -إظهار التحديد التنـزيلي، فكل مستحق ورد تحديده في الشرع بوسيلة عامة- كالعرف والمصلحة... إلخ- لا بد له من أن يُنَزَّل على الوقائع المختلفة بصورة تجعل من هذا الوصف العام حداً مضبوطاً قابلاً للتطبيق.

فالقاضي -مثلاً- إذا رُفع إليه شخص قد ارتكب جريمة تستوجب التعزير، لا يجوز له أن يقضي عليه إلا بعقوبة مقدرة بوسيلة خاصة، فليس له أن يقول: حكمت عليك بعقوبة رادعة، أو عقوبة تناسب حالك وحال جريمتك، بل لابد له أن يجتهد في تحويل هذا الوصف العام إلى عقوبة قابلة للتطبيق، كأن يقول: حكمت عليك بالجلد ثلاثين جلدة، أو بالحبس مدة شهر...إلخ.

ومما يمكن إلحاقه بهذين الموضعين، وإن كان داخلاً فيهما جملة: إظهار حدود المستحقات التي أمر الشارع المكلفين بإظهارها على صورة واضحة، ففي العقود والتصرفات التي نهي فيها عن الغرر- مثلاً- لا بد أن تستخدم الوسائل الخاصة عند التعبير عن حدود المستحق، إذ هو السبيل إلى اجتناب هذا المنهي وتحاشي تبعاته.

أمثلة على هذا النوع من الوسائل:

١- الإشارة:

الإشارة لغةً: الإيماء، ويكون هذا بالكف والعين والحاجب[١]، وعند الفقهاء والأصوليين تستخدم هذه اللفظة في معانٍ عديدة، منها هذا المعنى اللغوي- وهذا هو المراد هنا- ولكن بشرط أن يكون في هذه الإشارة دلالة مفهومة[٢]، فهي بهذا الاعتبار

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادة شور.

(٢) انظر: السيوطي، الأشباه، ص١٨٩. ابن نجيم، الأشباه، ص٢٩٦.

وسيلة من وسائل التعبير والبيان[1].

وقد عدّ الأصوليون[2] هذه الوسيلة من الوسائل التي استخدمها الشارع في بيان الأحكام الشرعية، ومن الأمثلة على استخدامها في بيان الحدود الشرعية ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب، الشهر هكذا وهكذا وهكذا، وعقد الإبهام في الثالثة، والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلاثين "[3].

كما أن الإشارة عند الفقهاء تعتبر وسيلة صالحة لإظهار حدود المستحقات في التصرفات القولية، وبها يمكن تحديد الأعيان الحاضرة حال الإشارة إليها، وعلى اعتبار أن الإشارة تعرف الذات[4] المشار إليها، فإن الإشارة تقوم مقام التسمية والوصف، بل هي آكد في الدلالة على الذات منهما؛ "لأنها فعلٌ لا يشاركه فيه غيره"[5]، فبالإشارة ينقطع الاشتراك، ويرتفع احتمال المجاز، وعليه فإنها تكون أقوى من هذه الجهة[6]، على ما سيأتي تفصيله.

٢- التسمية:

جاء في تعريف التسمية أنها "إبداء الشيء باسمه للسمع"[7]، وقال بعض اللغويين

---

(١) انظر: الزركشي، المنثور، ج١ص١٦٤. السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد، قواطع الأدلة في الأصول (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١٩٩٧،١م) ص٢٩٤.

(٢) انظر المرجعين السابقين.

(٣) رواه البخاري، كتاب الصوم، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال والفطر لرؤية الهلال، رقم ١٠٨٠.

(٤) انظر: العدوي، الحاشية، ج٢ص٢٥٣. الزركشي، المنثور، ج١ص١٦٧. ابن نجيم، الأشباه، ص٢٩٧.

(٥) الكرابيسي، أسعد بن محمد، الفروق (الكويت: وزارة الأوقاف، ط١٤٠٢،١هـ) ج٢ص٨٩.

(٦) انظر: حيدر، درر الحكام، ج١ص٥٨.

(٧) المناوي، التعاريف، ص١٧٦.

في تعريف الاسم: إنه "اللفظ الموضوع على الجوهر والعرض ليُفصَل به بعضه عن بعض"[1]، وعند الفقهاء فتستعمل "بمعنى قول: بسم الله. وبمعنى: وضع الاسم العلم للمولود وغيره، وبمعنى :تحديد العوض في العقود، كالمهر والأجرة والثمن، وبمعنى: التعيين بالاسم مقابل الإبهام"[2]، والذي يعنيني هنا بالدرجة الأولى هو المعنى الأخير.

والذي يظهر للباحث من تتبع كلام الفقهاء أن أسماء الأعلام تصلح وسيلة لتحديد أعيان الأشخاص، كما في الزواج والطلاق والظهار وما شابهها من التصرفات الواقعة على الإنسان وشخصه، كما تصلح وسيلة لتحديد الأعيان، على ما جرت عليه عادة بعض الناس في تسمية بعض الأشياء بأسماء خاصة، كتسمية الدواب والبيوت وما شابه، ثم إن استعمال الاسم هنا قد يكتفى به في التحديد، وقد يستخدم كوسيلة مساعدة فيه، كأن يُستخدم إلى جانب الإشارة، أو إلى جانب الوصف التام، لزيادة التوضيح أو رفع الاشتراك في الحالات التي تستلزم التعيين.

أما الاسم الذي يدل على الجنس أو النوع أو غير ذلك فهو داخل ضمن الوصف التام الذي يأتي بيانه في النقطة التالية.

٣- الوصف التام[3].

الوصف لغةً[4]: من وصف الشيء له وعليه، وَصْفاً وصِفَةً، بمعنى حلاّه، وقيل

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادة سما.

(٢) لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج١١ ص٣٢٨.

(٣) انظر في هذا الاصطلاح: الزرقا، شرح القواعد، ص٢٧٦.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، مادة وصف.

أيضاً: وصفك الشيء بحليته ونعته.

وفي الاصطلاح: "عبارة عما يدّل على الذات باعتبار معنىً هو المقصود من جوهر حروفه، أي: يدل على الذات بصفة كأحمر، فإنه بجوهر حروفه يدل على معنىً مقصود وهو الحمرة"(١). وعند بعض الفقهاء، الوصف: " أن ينضبط الموصوف على وجهٍ فلا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير"(٢).

والذي يظهر للباحث من كلام الفقهاء(٣)، أن الوصف التام الذي يحصل به تحديد الأشياء يكون بذكر جنس الموصوف، وذكر نوعه، وذكر سائر أوصافه العرضية التي يتعلق بها غرضٌ في التحديد. وهذا يقتضي تعريف هذه الأمور ليستبين المقصود بالوصف التام.

أ- الجنس: في الاصطلاح "اسم دال على كثيرين مختلفين بالأنواع، وكُلّيٌ مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب « ما هو؟» من حيث هو كذلك"(٤)، وعند بعض الفقهاء(٥): كل شيئين جمعهما اسم خاص بحيث يشتركان في ذلك الاسم بالاشتراك المعنوي فهما جنس واحد.

والتعريف الذي ذكرته هنا – في الاصطلاح- هو تعريف المناطقة، وهو يدل على

---

(١) الجرجاني، التعريفات، ص٣٢٦.

(٢) لجان الموسوعة، الموسوعة الكويتية، ج٢٧ص٤١، وهذا التعريف مستمد من: الكاساني، البدائع، ج٥ص٢٠٨.

(٣) راجع هنا مثلاً: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦ص١٧٤. الدسوقي، الحاشية، ج٤ص٢٢. النووي، الروضة، ج١١ص١٨٩. ابن قدامة، المغني، ج٤ص١٨٨.

(٤) الجرجاني، التعريفات، ص١٠٧.

(٥) انظر: الشيرازي، إبراهيم بن علي، التنبيه (بيروت: عالم الكتب، ط١، ١٤٠٣هـ) ص٩١. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢٣.

المعيار الذي ارتضوه في التفريق بين الأجناس المختلفة، أما الفقهاء فمعيارهم مختلف، إذ هو النظر إلى الغرض المقصود من الأشياء، فما كان منها متحداً في الغرض فهو جنس واحد، وما كان غير ذلك فليس بجنس واحد، ولذا كان معياراً عرفياً ليس أكثر[1].

يقول ابن الهمام:" وليس الجنس في الفقه إلا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها تفاوتاً فاحشاً، فالجنسان ما يتفاوت منهما تفاوتاً فاحشاً بلا نظر إلى الذاتي... ولذا قالوا: الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد أصلهما"[2]. وقال المرغيناني:"الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض، وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها، وهو المعتبر دون الأصل"[3].

ب- **النوع**: في الاصطلاح "اسم دالٌّ على أشياء كثيرة مختلفة بالأشخاص"[4] أو "كليٌّ مقول على كثيرين متفقين بالحقائق في جواب« ما هو؟» "[5]، وعند الفقهاء "كلي مقول على واحد أو كثيرين متفقين بالأغراض دون الحقائق"[6].

والمقارنة بين التعريف الاصطلاحي والتعريف الفقهي، يظهر الفرق بينهما في المعيار المعتبر للتمييز بين الأنواع المختلفة، وهو ما ينسجم مع الكلام المتقدم بشأن الجنس.

---

(١) انظر: القره داغي، علي محيي الدين، قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي(القاهرة: دار الاعتصام، ط١، ١٤١٣هـ) ص٥٢.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير، ج٦ص٤٣١.

(٣) المرغيناني، الهداية، ج٣ص٤٧.

(٤) الجرجاني، التعريفات، ص٣١٦.

(٥) الأنصاري، زكريا بن محمد، الحدود الأنيقة (بيروت: دار الفكر المعاصر، ط١، ١٤١١هـ) ص٧٣.

(٦) قلعه جي، محمد رواس ورفيقه، معجم لغة الفقهاء (بيروت: دار النفائس، ط٢، ١٤٠٨هـ) ص٤٩٠.

والذي يظهر للباحث من كلام الفقهاء أن تحديد النوع يكون بإضافة قيد إلى الجنس، بحيث يتميز بهذا القيد صنف خاص من أصناف الجنس عن بقية الأوصاف التي تشترك معه في الاسم والغرض، أما إذا كان القيد لا يفيد تخصيص صنف معين وإنما يفيد جنساً آخر مختلفاً فإنه لا يعتبر تحديداً بالنوع وإنما بالجنس.

ومن الأمثلة على هذا أن الفقهاء جعلوا الحنطة جنساً واحداً وتحتها أنواع تعرف بقيدٍ يضاف إلى اسم الحنطة، فقالوا: حنطة بحيرية، وحنطة صعيدية[1]، وفي المقابل لم يجعلوا جوز الهند نوعاً من الجوز، ولا التمر الهندي نوعاً من التمر؛ لما بينهما من الاختلاف الظاهر في الغرض والحقيقة[2].

ج- **الوصف**: المقصود بالوصف هنا ما يسميه المناطقة بالفصْل، وتعريفه عندهم "كليٌّ يحمل على الشيء في جواب « أي شيء هو في جوهره » "[3]، وعلى هذا فهو أمرٌ أخص من الوصف التام الذي نحن بصدد بيانه. وقد عرف بعض الفقهاء المعاصرين الوصف بأنه "ما يكون تابعاً للشيء غير منفصل عنه"[4].

ومما تنبغي ملاحظته هنا أن الفقهاء[5] يدخلون تحت مسمى الوصف أشياء عديدة، يختلف اشتراط ذكرها في التحديد من موضع إلى آخر بحسب طبيعة الشيء المراد

---

(١) انظر: ابن عابدين، الحاشية، ج٤ص٥٣٠.

(٢) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ص٣٤١.

(٣) الجرجاني، التعريفات، ص٣١٦.

(٤) قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ص٥٠٤.

(٥) انظر مثلاً: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦ص١٧٤، ج٧ص٢٠١. السرخسي، المبسوط، ج١٩ص٣٨. الدسوقي، الحاشية، ج٤ص٢٢. الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ص٣٩٥. النووي، الروضة، ج١١ص١٨٩، ج٤ص٢١. الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ص٣١٢. ابن قدامة، المغني، ج٤ص١٨٨، ج١٠ص١٢٢.

تحديده، ومدى تأثير الوصف في التعريف بحدود هذا الشيء، ففي تحديد المكيلات- مثلاً-يذكر الكيل لا الوزن، وفي تحديد الموزونات يكون العكس، ومثل هذا كثير.

وبالجملة فإن الأصناف التي تستخدم في التحديد، منها ما يدّل على مقدار الشيء المحدّد، كالكيل والوزن والذرْع (المساحة) والعدد والحصة (النسبة)، ومنها ما يدل على أمر قائم فيه، كالجودة واللون والسنّ والسمن والهزال... إلى غير ذلك، وعناية الفقهاء بالنوع الأول تبدو أكثر من عنايتهم بالنوع الثاني، لأن النوع الأول أبلغ في تحديد الذات من النوع الثاني، كما أن الغرض يتعلق به عادةً بصورة أقوى، كما هو ظاهر.

ومما يذكر هنا أن الوصف التام يصلح لتحديد: الأعيان الغائبة، والأعيان الحاصلة في المستقبل كما في السلم والاستصناع، والديون التي هي أموال ليس لها وجود حقيقي وإنما هي معتبرة في الذمة، كما يصلح لتحديد بعض أنواع العمل.

٤- ضرب الأجل:

الأجل في اللغة[١]: مصدر من الفعل الثلاثي أَجِلَ يَأْجَل فهو آجل، ومنه التأجيل، أي: تحديد الأجل، والأجل في اللغة يطلق على عدة معانٍ، أهمها هنا: مدة الشيء ووقته، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

وعند الفقهاء المعاصرين - اعتماداً على ما ورد في كلام الفقهاء- له تعريفات متعددة، منها: "الأجل: مدة مستقبلية لأمرٍ محقق الوقوع يضاف تنفيذه إلى انقضائها، أو يتوقف هذا التنفيذ بمداها"[٢]، ومنها "الأجل: مدة مستقبلية محققة الوقوع،

---

(١) انظر: الفيرزآبادي، القاموس، مادة أجل. ابن منظور، لسان العرب، مادة أجل.

(٢) العطار، عبد الناصر توفيق، نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية (القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، ١٩٧٨م) ص٤٧.

محدودة شرعاً أو قضاءً أو اتفاقاً للوفاء بالتزام معين"[1].

وهذه التعاريف تظهر خصائص الأجل[2] ومنها أن الأجل أمر زائد على أصل التصرف، وهذا يعني أن التحديد بالأجل لا ينصب على ذات المستحق، وإنما ينصب على أمرٍ عارضٍ متعلقٍ به، على أن الارتباط بين المستحق المراد تحديده وبين الأجل، يكون في بعض الأحيان ضرورياً بحيث لا يتصور- فقهاً- تحديد هذا المستحق إلا به، كما في تحديد منافع الأعيان، وتحديد بعض الأعمال في عقدي الإجارة والعمل، فمنافع الأعيان كما يقول الفقهاء[3] تتولد ساعة فساعة، مما يعني عدم إمكان ضبط مقدارٍ معينٍ منها إلا عن طريق ضبط الزمن الذي تتولد فيه، مع أن الزمن ذاته ليس بمنفعة بأي اعتبار من الاعتبارات. وفي أحيانٍ أخرى لا يكون الارتباط بين المستحق وبين الأجل ضرورياً لتحديد مقدار المستحق، بل يكون مشروعاً لتحقيق مقصد آخر في التصرف[4]، ففي عقد البيع- مثلاً- يصح أن يكون الثمن - إذا كان نقداً- حالاً يؤدى حين إنشاء العقد، كما يصح أن يكون مؤجلاً يؤدى في وقت معينٍ متراخٍ عنه، لمصلحة يراها أحد المتعاقدين أو كلاهما، وعندها لا يكون ضرب هذا الأجلِ تحديداً لذات الثمن وإنما تحديداً لوقت أدائه، بدليل أن المدين لو جاء بالثمن قبل حلول الأجل لا يكون هذا زيادةً فيه، وأن الدائن لو زاد في الأجل لا يكون هذا نقصاً منه.

٥- تعيين المكان:

المكان في اللغة[5]: الموضع، والجمع أمكنة، وجمع الجمع أماكن، وهو في أصل تقدير

---

(١) العثمان، محمد بن راشد، أحكام الأجل في الفقه الإسلامي (الرياض: د.م، ط٢، ١٤١٧هـ) ص٣٠. وقريباً من هذا التعريف ما جاء في الموسوعة الكويتية ج٢ص٥.

(٢) انظر: العطار، نظرية الأجل، ص٤٨-٦٧-٨٥. الموسوعة الكويتية ص٥-٦. وقارن مع العثمان، أحكام الأجل، ص٤٥-٤٩.

(٣) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨ص٤٠. ابن عابدين، الحاشية، ج٧ص٤٧٨.

(٤) انظر هنا: الكاساني، البدائع، ج٥ص١٧٤.

(٥) انظر: النووي، تحرير التنبيه، ص٢٢٣. ابن منظور، لسان العرب، مادة مكن.

الفعل: مَفْعَلٌ، لأنه موضع لكينونة الشيء فيه. وفي الاصطلاح: "هو الفراغ المتوهم الذي يشغله الجسم وتنفذ فيه أبعاده وهو على نوعين المكان المبهم: وهو عبارة عن مكانٍ له اسم نسميه به بسبب أمرٍ غير داخل في مسماه، كالخَلْف، فإن تسمية ذلك المكان بالخلف إنما هو بسبب كون الخَلْف في جهة، وهو غير داخل في مسماه. والمكان المعين: وهو عبارة عن مكانٍ له اسم سمّي به بسبب أمرٍ داخلٍ في مسماه، كالدار، فإن تسميته بها بسبب الحائط والسقف وغيرهما، وكلها داخلة في مسماه"[1].

والتحديد بالمكان- فيما أرى- لا يختلف عن التحديد بالأجل، من حيث كونه لا ينصب على ذات المستحق، وإنما ينصب على أمرٍ عارضٍ متعلق به، وأكثر ما يشيع هذا النوع من التحديد في العبادات، كما في تحديد الصلاة بالتوجه إلى الكعبة المشرفة، أو مكة المكرمة، وكما في تحديد أماكن النسك المختلفة بالحج. وأما في المعاملات فتحديد المكان له أهمية لمعرفة مكان التسليم في الالتزامات المؤجلة، وفي معرفة مكان التقويم في الإتلافات والغصوبات، إذا كانت قيمة العين تختلف حين التقويم من مكان لآخر.

وكما في الأجل، فإن تحديد المكان قد يكون مما لا بد منه لتحديد المستحق، كما في تحديد العقارات، إذ هي تتحدد بذكر موضعها وحدودها وما شابه[2]، ويغني عنه في زماننا هذا ذكر رقم القطعة والحوض...الخ، وكما في تحديد بعض الأعمال كنقل المسافرين والبضائع، فإنه يتحدد بذكر مكان الانطلاق ومكان الوصول، وقد يكون مشروعاً لتحقيق مقصد آخر في التصرف، كما في تحديد مكان التسليم في عقد البيع أو السلم.

---

(١) الجرجاني، التعريفات، ص٢٩٢-٢٩٣ بتصرف يسير.

(٢) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٧ص١٩٧. الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ص٤١٢.

المبحث الثاني: مراتب وسائل التحديد

تمهيد:

معرفة مراتب وسائل التحديد، ومراتب الدلالة في الوسيلة الواحدة منها، يعتبر أمراً مهماً حال حصول التعارض بين هذه الوسائل أو هذه الدلالات، فإذا عرف الفقيه هذه المراتب، وعرف الأقوى منها سهل عليه رفع ذلك التعارض، وإزالة الإشكال الذي ظهر بسببه.

وسأحاول من خلال هذا المبحث إلقاء الضوء على قضيتين: الأولى: مراتب وسائل التحديد المختلفة، والثانية: مراتب الدلالة في الوسيلة الواحدة إن وجدت. حيث سأتناول كل قضية منهما في مطلب خاص.

-وقبل أن أشرع في بيان هذين المطلبين لا بد من الإشارة إلى أمرين:

الأول: إن الوسائل المقصودة في هذا المبحث هي وسائل التحديد الخاصة، أما وسائل التحديد العامة، فالتعارض بينها- في الحقيقة- تعارضٌ بين النصوص، لأن تلك الوسائل لا ترد إلا في النصوص التشريعية، وقد أفاض الأصوليون في بحث هذا الأمر في علم الأصول، بحثاً لا مجال لإعادته هنا، وأما التعارض بين دلالات الوسيلة الواحدة منها فقد أشرت إلى كيفية التعامل معه في الفصل الأول من هذا الباب(1)، فلا حاجة لإعادته هنا.

الثاني: إن التعارض بين وسائل التحديد أو دلالاتها يقع أكثر ما يقع- كما سيظهر لاحقاً- في التحديدات المنشأة من قبل المكلفين حالَ تعاملهم بأنواع التصرفات المختلفة من عقود وتصرفات انفرادية، أما التحديدات التي يصدرها الفقيه - بناءً على

---

(1) وذلك ضمن الحديث عن دلالة النصوص التشريعية، انظر ص٢٦٤ وما بعدها من هذه الرسالة.

تنـزيل الأحكام- فهي تخلو من هذا الإشكال، لوجوب التزام الفقيه والمفتي والقاضي التعبير الواضح الخالي من الغموض[1]، وإن حصل شيء من هذا فتمكن مراجعة أحدهم لبيان المقصود على وجهه المراد.

المطلب الأول: مراتب وسائل التحديد المختلفة عند التعارض

لم يتعرض الفقهاء- في حدود ما اطلعت عليه- إلى كلام صريح في ترتيب وسائل التحديد المختلفة، وأيها يقدم حال التعارض، ولكنهم تعرضوا لبعض المسائل التي يمكن من خلالها ترتيب هذه الوسائل بحيث يعرف أيها أقوى في الدلالة على التحديد.

ومن الجدير بالذكر أن التعارض بين وسائل التحديد لا يتصور بين جميع هذه الوسائل بعضها مع بعض، بل هو متصورٌ في الوسائل التي يمكن أن ترد على حدٍّ واحدٍ من حدود المستحق، فالتحديد بضرب الأجل أو تعيين المكان، لا يتصور تعارضه مع الوسائل الأخرى، لأن تلك الوسائل ترد على ذات الشيء المحدد، بينما ترد هاتان الوسيلتان على أوصاف عارضة متعلقة به، ولا يتصور التعارض بينهما لاختلاف مورد كلٍّ منهما كما هو ظاهر.

مما سبق نخلص إلى أن الصور المحتملة للتعارض هي: ١- التعارض بين الإشارة والتسمية.٢- التعارض بين الإشارة والوصف التام.٣- التعارض بين التسمية والوصف التام.

أما الصورتان الأوليان فقد بحثهما الفقهاء بحثاً مستفيضاً في كتب الفقه وقواعده،

---

(١) انظر: النووي، يحي بن شرف، آداب الفتوى (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٠٨هـ) ص٤٤. الحراني، أحمد بن حمدان، صفة الفتوى (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٣، ١٣٩٧هـ) ص٥٧.

وهم تارةً يجمعون بينهما، فيبحثون في التعارض بين الإشارة والعبارة، على اعتبار أن كلاً من التسمية والوصف التام مرده إلى العبارة، وتارة يفصّلون الكلام في ذلك، وفيما يلي خلاصة كلام الفقهاء في المسألة:

اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة[1] على القول بأن الإشارة- عموماً- أقوى في الدلالة على التحديد والتعيين من التسمية والوصف التام، لأن الإشارة ترفع الإبهام وتزيل الاشتراك بالكلية، أما الوصف والتسمية فليسا كذلك، فهما يقللان الاشتراك ولا يزيلانه[2]، فالاسم قد ينطبق على أكثر من مسمّى، ومثله الوصف، بخلاف الإشارة التي هي فعلٌ ليس له إلا وجه واحد.

وقد طرد بعض فقهاء المذاهب هذا الحكم في جميع الصور، فالشافعية[3] -مثلاً- صاغوا الحكم على صورة قاعدة نصها" إذا اجتمعت الإشارة والعبارة غلبت الإشارة"، ومثلهم في ذلك الحنابلة إذ قالوا" الاسم لا حكم له مع الإشارة"[4].

أما الحنفية فعندهم في المسألة تفصيل[5] مقتضاه أن تغليب الإشارة يكون" إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف، كما لو أراد البائع بيع فرسٍ أشهب حاضرٍ في المجلس، فقال في إيجابه: بعتك هذا الفرس الأدهم، وقبِل المشتري، صح البيع ولغا

---

(١) انظر: المرغيناني، الهداية، ج٣ص٤٦. الدردير، الشرح الكبير، ج٢ص٣٥٩. السيوطي، الأشباه، ص٩٠. ابن قدامة، عبد الله بن محمد، الكافي (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٥، ١٤٠٨هـ) ج٣ص٢٣. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج٢ص٤١٤.

(٢) الكرابيسي، الفروق، ج٣ص٨٩. الزرقا، شرح القواعد، ص٣٣١.

(٣) انظر: الزركشي، المنثور، ج١ص١٦٧. السيوطي، الأشباه، ص١٩٠.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ج٣ص٢٣.

(٥) على أن هذا التفصيل يمكن استنباطه أيضاً من فروع القاعدة السابقة عند الشافعية، ومن الفروع التي قالوا إنها مستثناة منها، لكنهم لم يصرحوا بذلك.

وصف الأدهم... وأما إذا كان من غير جنسه فلا عبرة للإشارة بل للتسمية والوصف، فلو باع فصاً حاضراً وأشار إليه على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج لا ينعقد البيع"[1].

وتعليل ما سبق من التفرقة" أن التسمية والوصف أقوى من الإشارة من جهة، والإشارة أقوى من التسمية والوصف من جهة أخرى. وإيضاح ذلك أن التسمية والوصف هما وصف للماهية وتعريف لها، وبما أن اعتبار المعنى أرجح فيها(أي: الماهية)، تكون تسميتها والوصف أقوى من الإشارة، وبما أن الإشارة تقطع الاشتراك، وتزيل احتمال المجاز فهي من هذه الجهة أقوى من التسمية والوصف.

فعليه في حالة وجود المسمّى مخالفاً لجنس المشار إليه (كما في مسألة الفص) يُرجَّح القسم الأول (أي: الوصف والتسمية)، أما إذا كان المسمّى من جنس المشار إليه (كما في مسألة الفرس) فيكون من القسم الثاني(أي: ما تُرجح فيه الإشارة)"[2].

هذا ما يتعلق بالتعارض بين الإشارة والتسمية، وبين الإشارة والوصف التام، أما ما يتعلق بالتعارض بين الوصف التام والتسمية فلم أرَ من الفقهاء من تعرض له صراحة، ولكني وقفت على أمرين لهما تعلق بهذا الموضوع، **أولهما**: مسألة في فقه الشافعية[3] تدل على أن التسمية إذا كانت دالة على معين، فإن وصفها[4] بما ليس فيها لا يضر، مما يعني أن التسمية تُغلّب على الإشارة، وتقدم عليها، وهذه المسألة هي: لو قال البائع: بعتك داري -ولم يكن له دار سواها- التي في محلة كذا- دون إشارة إليها-

---

(١) الزرقا، شرح القواعد، ص٣٣١. ومثله في م ٢٠٨ من المجلة.

(٢) حيدر، درر الحكام، ج١ص٥٨.

(٣) انظر: الزركشي، خبايا الزوايا، ج١ص٢١٠.

(٤) إذا كان الوصف قد سيق للتحديد والتعريف، وليس من أجل اشتراط وصف مرغوب يقصد تحققه في المحل.

وغلط في تحديد تلك الدار فإن البيع يصح، ويلغو التحديد.

وثانيهما: ما جاء عند الحنابلة في تعليل بعض مسائل الأيمان، من قولهم: "والصفة كالاسم بل أضعف، فإذا غلب التعيين على الاسم فلأن يغلب على الصفة أولى"[1] وهذا يدل أيضاً على تقديم الاسم على الصفة جملة.

وهاتان الإشارتان وإن كانتا غير صالحتين لابتناء قاعدة عامة في الفقه الإسلامي، إلا أن الباحث يرى تقديم التسمية على الوصف جملةً من جهة أخرى، وهي أن التحديد بالاسم -كما يظهر من كلام الفقهاء- لا يكون إلا لمحل سبقت معرفته من قبل المتكلم ومن قبل المخاطب، ثم إن ذكر الاسم بعد ذلك ما هو إلا تنبيه وإشارة إلى ذلك المحل المعلوم بذاته أو صفاته، فإن حدث وأضيف إلى ذكر الاسم وصفٌ مخالفٌ لما عليه المحل في الحقيقة، فإنه لا يقوى على معارضة المعرفة السابقة، لأن دلالة الخبر ليس كدلالة المعاينة، والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: مراتب الدلالات المستفادة من وسيلة التحديد عند التعارض

الأصل في وسيلة التحديد أن تدل على معنى واحد يفهمه المخاطَب على وجه واحد، لأن تعدد وجوه الدلالة على حدود المستحق، تناقض المقصود الأساس من التحديد، وهو بيان حدود المحل بحيث يتمايز عن غيره، يقول الإمام الجويني: "اللفظ إذا تعارض فيه محتملات التحق بالمجملات"[2].

إلا أن هذا الأصل قد يصطدم بطبيعة اللغة التي تتعدد فيها -في كثير من الأحيان- الدلالات المستفادة من الكلمة الواحدة، أو الأسلوب الواحد من أساليب التعبير، مما

---

(١) ابن مفلح، المبدع، ج٩ص٢٨٩.

(٢) الجويني، البرهان، ج١ص٣١٤.

حدا بالفقهاء والأصوليين إلى أن يضعوا جملة من القواعد التي تنظم هذه الدلالات حال تعارضها، فيقدم الأقوى منها على غيره، فيكون هو الوجه الذي يُحمل عليه الكلام دون غيره من الوجوه.

وهذه القواعد وإن كانت موضوعةً لتفسير الكلام عامةً، إلا أن هذا لا يمنع من تطبيقها على وسائل التحديد اللفظية، لإظهار تأثيرها فيها على وجه الخصوص، وقولي هنا" وسائل التحديد اللفظية" يدخل فيه جميع الوسائل الخاصة عدا الإشارة، لأن الإشارة فعل ليس له إلا وجه واحد فلا يتصور التعارض بين الدلالات فيه، أما الوسائل الأخرى فيتم التعبير عنها باللفظ كما هو ظاهر، وفيما يلي خلاصة القواعد المستفادة من أقوال الفقهاء والأصوليين في الترجيح بين وجوه الدلالات المتعارضة.

أولاً: المعنى المستفاد من صريح الكلام يقدّم على المعنى المستفاد من دلالة الحال أو دلالة المقال:

وهذا ما عبّر عنه الحنفية بقولهم:" لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح"[(١)]، وتعليل ذلك: أن دلالة الحال تعتبر دون التصريح في إفادة المعاني وإيضاحها، ولذا فلا يصح تقديمها عليها[(٢)].

من هنا نجد أن الفقهاء كثيراً ما ينصون على الحكم في مسألةٍ ما باعتبار دلالة الحال أو المقال، ثم يستثنون بقولهم:" ما لم يُنص على خلافه"، أو ،" ما لم يُصرَّح بخلافه"، ومن الأمثلة على ذلك في التحديد المسائل التالية:

أ-ما جاء عند الحنفية:" ولو قدَّم (أي: المستأجر) ذكر العمل وأخَّر المدة، بأن قال: ارعَ غنمي بدرهمٍ شهراً، كان أجيراً مشتركاً، لأنه جعله مشتركاً بأول كلامه بإيقاع العقد على العمل، وقوله: "شهراً" يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة، فيكون

---

(١) المادة ١٣ من المجلة، وانظر معناها عند السرخسي، المبسوط، ج١١ص٢٣.

(٢) انظر: الزرقا، شرح القواعد، ص٩١.

خاصاً، ويحتمل أن يكون لتقدير العمل في المدة، فلا يتغير أول كلامه بالاحتمال ما لم يُصرَّح بخلافه"[1].

ب-ما جاء عند المالكية:" من أمر رجلاً أن يشتري له ثوباً، ولم يصف له ذلك، فإن اشترى ما يصلح أن يكون من ثياب الآمر جاز، ولزم الآمر، وإن ابتاع له ما لا يشبه أن يكون من ثيابه فذلك لازم للمأمور إلا أن يشاء (أي: الآمر)"[2].

ج-ما جاء عند الشافعية:" ولو فوَّض الواقف النظر لاثنين، لم يستقل أحدهما بالتصرف، ما لم ينص عليه"[3].

د-ما جاء عند الحنابلة:" وإذا أمَّنه (أي: المحاربَ) سرى إلى من معه من أهلٍ ومال، إلا أن يصرِّح أمنتك نفسك فقط"[4].

إضافةً إلى أن هذه الأمثلة وغيرها، فإنني أرى أن جميع التحديدات التي مردُّها العرف، هي من قبيل ما يثبت بدلالة الحال، ولذا كان التصريح بخلاف العرف مُلغياً له[5].

ثانياً: المعنى الحقيقي للكلام مقدّم على معناه المجازي جملةً:

الحقيقة في الاصطلاح:" اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح التخاطب"[6]، وهذا يشمل الوضع اللغوي والشرعي والعرفي[7]، على ما سيأتي بيانه. أما المجاز

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨ص٣٤.

(٢) المواق، التاج والإكليل، ج٥ص١٩٦.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٣٩٤.

(٤) ابن مفلح، الفروع، ج٦ص٢٢٨.

(٥) انظر: الزرقا، شرح القواعد، ص١٨٣.

(٦) السبكي، الإبهاج، ج١ص٢٧١.

(٧) انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص٤٨.

فهو: " اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقةٍ مع قرينةٍ"[١].

وقد اتفقت كلمة الفقهاء[٢]، والأصوليين[٣] على أن الأصل في الكلام الحقيقة، بمعنى أنه إذا كان للفظٍ ما معنيان، أحدهما حقيقي والآخر مجازي وتساوى استعمالهما، ولا مرجح لأحدهما على الآخر، فإن المعنى الحقيقي هو المقدم، وسبب الترجيح لنفس الحقيقة على نفس المجاز، أن المجاز فرعٌ عن الحقيقة وخلف عنها[٤]، كما هو ظاهر من تعريف كلٍ منهما، والفرع لا يقدم على أصله، ثم إننا لو قلنا بالتساوي بين الحقيقة والمجاز فإن هذا يعني عدم إمكان الاستفادة من معظم الألفاظ، لأنها بهذا تصير مجملة[٥].

والعدول عن هذا الأصل -أي: تقديم الحقيقة على المجاز- يكون لعدة أسباب أهمها:

١- قيام قرينة دالةٍ على أن المعنى المراد هو المعنى المجازي وليس المعنى الحقيقي[٦].

٢- تعذُّر حمل اللفظ على الحقيقة[٧]، وهذا يكون" إما باستحالتها لعدم وجود فردٍ

---

(١) المرجع السابق، ص٤٩.

(٢) انظر: المجلة، مادة ١٢. الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الموطأ (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ) ج٤ص٣٦٤. النووي، الروضة، ج١١ص٨٢. ابن قدامة، الكافي، ج٢ص٢٢٣.

(٣) انظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج١ص١٩٦. القاضي عضد الدين والملة، شرح مختصر المنتهى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٣هـ) ج١ص١٥٨. الغزالي، المستصفى، ص١٩٠. ابن قدامة، روضة الناظر، ج١ص١٧٦. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص٤٩.

(٤) انظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج١ص١٩٦. الزرقا، شرح القواعد، ص٨٣.

(٥) انظر: الغزالي، المستصفى، ص١٩٠.

(٦) انظر المراجع السابقة.

(٧) انظر: لجنة المجلة، المجلة، مادة ٦٠. ابن عابدين، الحاشية، ج٣ص٧٦٧. الحطاب، مواهب الجليل، ج١ص٢٠٨. البجيرمي، سليمان بن عمر، الحاشية (دياربكر: المكتبة الاسلامية، د.ط، د.ت) ج٣ص٢٧٨. ابن مفلح، المبدع، ج٥ص٣٥٠.

لها في الخارج، كما لو وقف على أولاده وليس له إلا أحفاد، فإنه يصرف إليهم لأنهم أولاده مجازاً...، وإما لكونها غير جائزة شرعاً، كالوكالة بالخصومة فإنها بالمعنى الحقيقي غير جائزة شرعاً، لأن معناها الحقيقي هو المنازعة، والمنازعة منهي عنها، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَنَٰزَعُواْ﴾ [الأنفال: ٤٦]، فتحمل على المعنى المجازي لها وهو إعطاء الجواب"(١).

٣- غلبة استعمال اللفظ في المجاز دون الحقيقة، وهذا فيه تفصيل:

أ- أن يغلب استعمال اللفظ في المجاز بحيث تهجر الحقيقة فلا تعود مستخدمة، فهنا يقدم المجاز على الحقيقة باتفاق الفقهاء(٢)، مثاله: من حلف لا يضع قدمه في دار فلان، فإنه لا يحنث بمجرد وضع القدم، لأن هذا المعنى مهجور، فيكون المراد هنا هو المعنى المجازي، أي دخول الدار.

وتعليل هذا الأمر: أن اللفظ قد صار بكثرة الاستعمال حقيقة شرعية أو عرفية في هذا المعنى (المجازي)، وكلا هاتين الحقيقتين مقدّم على الحقيقة اللغوية(٣).

ب- أن يغلب استعمال اللفظ في المعنى المجازي، مع تعاهد المعنى الحقيقي في بعض الأوقات، كمن حلف لا يأكل من هذه الحنطة، فإن المعنى الحقيقي لهذه اليمين: الأكل من ذات الحنطة، وهي قد تؤكل في بعض الأحيان، وأما المعنى المجازي -وهو الأكثر استعمالاً- فهو الأكل مما يخرج منها.

---

(١) الزرقا، شرح القواعد، ص٨٤.

(٢) انظر: الشاشي، أصول الشاشي، ص٤٩. الغزالي، المستصفى، ص١٩٠. ابن قدامة، المغني، ج١٠ ص٥٧.

(٣) انظر: السبكي، الإبهاج، ج١ ص٣١٦. الإسنوي، التمهيد، ص٢٠٢.

وقد اختلف الفقهاء هنا في تقديم أحد المعنيين على الآخر، فأبو حنيفة[1] قال بتقديم الحقيقة مراعاة لأصل القاعدة، أما الصاحبان[2] فقالا بتقديم المجاز على وجه يجعل الحقيقة فرداً من أفراد اللفظ، في حين ذهب الشافعية[3] إلى القول بالتساوي بينهما؛ لأن في كل واحد منهما قوة ليست في الآخر، فلا يرجح بينهما إلا بدليل آخر.

ثالثاً: إذا تعارضت المعاني الحقيقية للفظ الواحد يرجّح أقواها:

يرى جمهور الفقهاء والأصوليين أن بعض الألفاظ قد تدل على أكثر من معنى على سبيل الحقيقة، وذلك عندما يوضع هذا اللفظ للاستعمال -في اصطلاح التخاطب- من أكثر من جهة في أكثر من معنىً، فإن كان الوضع من جهة الشرع سميت الحقيقة شرعية، وإن كان من جهة اللغة سميت حقيقة لغوية، وإن كان من جهة العرف سميت عرفية. والحقائق عند الأصوليين لا تخرج عن هذه الثلاث، وتعريفها عندهم هو:

١- **الحقيقة اللغوية**: "هي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في اللغة، كالأسد المستعمل في الحيوان الشجاع العريض الأعالي"[4].

٢- **الحقيقة العرفية**: "هي اللفظ المستعمل فيما وضع لـه في عرف الاستعمال اللغوي"[5]، كاستعمال الدابة في الحيوانات ذوات الأربع دون غيرها.

٣- **الحقيقة الشرعية**: "هي استعمال الاسم الشرعي فيما كان له موضوعاً أولاً في

---

(١) الشاشي، أصول الشاشي، ص٥٢.

(٢) الشاشي، أصول الشاشي، ص٥٢.

(٣) السبكي، الإبهاج، ج١ص٣١٥. الإسنوي، التمهيد، ص٢٠١-٢٠٢.

(٤) الآمدي، الإحكام، ج١ص٥٢.

(٥) المرجع السابق ج١ص٥٢.

الشرع"[1]، كاستعمال اسم الصلاة في الأفعال والأقوال المخصوصة.

وهذه الحقائق الثلاثة أو بعضها قد تتعارض في بعض الحالات، بحيث لا يمكن الجمع بينها بحال، وعندها لا بد من تقديم أحدها على غيره، فإن كان ثمة مرجح لأحد هذه الحقائق أخذ به، وإلا قدم الأقوى في ذاته، وفيما يلي آراء المذاهب في ذلك:

١-ذهب الحنفية[2] إلى القول بتقديم الحقيقة الشرعية على سائر الحقائق إذا وقع التعارض في فهم دلالات كلام الشارع، أما إن وقع التعارض في كلام الناس، فالحقيقة العرفية مقدمة على غيرها، ولهذا قالوا: "الحقيقة تترك بدلالة العادة"[3]، وتعليل ذلك عندهم "أن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف على استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازاً. ومن المعلوم أن الأمر إذا دار بين الحقيقة والمجاز تترجح الحقيقة -وهي هنا العرف والعادة- ويترك المجاز وهو المعنى الأصلي"[4].

٢-الذي يفهم من كلام المالكية [5]أنهم يقولون بتقديم الحقيقة الشرعية على سائر الحقائق عند تفسير كلام الشارع، أما عند تفسير كلام المكلفين فيقدم عندهم العرف على اللغة، ثم إنهم يقسمون العرف إلى نوعين: عملي وقولي، ويقدمون العرف العملي على العرف القولي في بعض الصور، وذلك عندما يكون العرف العملي من قبيل

---

(١) المرجع السابق ج١ص٥٣.

(٢) انظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج٢ص٢٨٢.

(٣) المجلة، مادة ٤٠. وانظر في تقديم العرف على غيره وفيما يستثنى من ذلك: ابن نجيم، الأشباه، ص٨٢-٨٣.

(٤) الزرقا، شرح القواعد، ص١٧٧.

(٥) انظر: العضد، شرح المنتهى، ج١ص١٦٣. الحطاب، مواهب الجليل، ج١ص٣٧٨. الزرقاني، شرح الموطأ، ج٣ص٢٦١.

البساط[1]، الذي هو مقدّم بالجملة على العرف عند تفسير الألفاظ كما سبق بيانه[2].

٣-ذهب جمهور الشافعية[3] إلى أن تفسير الألفاظ الواردة عن الشارع يراعى فيها الحقيقة الشرعية ثم الحقيقة العرفية المطردة، ثم الحقيقة اللغوية، والسبب في تقديم الحقيقة الشرعية على غيرها، أن الشارع مبعوث لبيان الشرعيات[4]، فيُحمل كلامه على ذلك، وأما تقديم الحقيقة العرفية على اللغوية، فمرده إلى " أن الظاهر من حال الخطاب أن يكون مما يتبادر إلى أذهان المخاطبين"[5]، والمعاني العرفية هي التي تتبادر إلى الأذهان قبل المعاني اللغوية، لما بينها وبين السامع من ألفة وكثرة استعمال.

أما تفسير ألفاظ المكلفين ففيه التفصيل الآتي[6]:

أ- إذا وقع التعارض بين المدلول الشرعي والمدلول العرفي للفظ من الألفاظ فإنه ينظر، فإن كان المدلول الشرعي للفظ قد ورد في غير معرض بين الأحكام، أي: أن الشارع لم يعلِّق حكماً بهذه التسمية، قدِّم المدلول العرفي، وعليه فمن حلف لا يأكل لحماً فإنه لا يحنث بأكل السمك، وإن سماه الله تعالى لحماً في قوله: ﴿ وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾ [فاطر: ١٢]. وإن كان المدلول الشرعي للفظ قد ورد في معرض بيان الأحكام، أي أنه قد تعلَّق حكم شرعي به، فإنه يقدَّم على المدلول العرفي، فمن حلف أنه لا يصوم، فإنه لا يحنث بمجرد الإمساك بلا نية.

---

(١) بساط اليمين: هو" السبب الحامل على اليمين" الدردير، الشرح الكبير، ج٢ص١٣٩.

(٢) انظر: العدوي، الحاشية، ج١ص٦٩٠. القرافي، الفروق، ج٢ص١٨٨- ١٩٠.

(٣) انظر: النووي، شرح مسلم، ج١٠ص٦٠. السبكي، الإبهاج، ج١ص٣٦٤. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص٤٦٣.

(٤) انظر المراجع السابقة.

(٥) السبكي، الإبهاج، ج١ص٣٦٤.

(٦) انظر: الإسنوي، التمهيد، ص٢٢٨. الزركشي، المنثور، ج٣ص١٣٠. السيوطي، الأشباه، ص٦٥-٦٦. الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ص٣٤٢.

ب-إذا وقع التعارض بين المدلول العرفي والمدلول اللغوي للفظةٍ من الألفاظ، ففي المسألة خلاف كثير عند الشافعية[1]، فمنهم من يرى تقديم اللغة على العرف، لأن العرف لا يكاد ينضبط، ونُسب هذا القول إلى جمهورهم. ومنهم من يرى تقديم العرف لأن كثيراً من الأسماء قد انتقلت من الحقيقة اللغوية إلى الحقيقة العرفية، فالحمل عليها أولى لأنه من قبيل اتباع الوضع، ومنهم من جمع بين القولين فقال بتقديم العرف إن هجر المعنى اللغوي، حتى صار -على حد تعبيره- نسياً منسياً، وإلا قدمت اللغة.

٤-ذهب الحنابلة[2] إلى أن الحقيقة الشرعية مقدمة على غيرها عند تفسير ألفاظ الشارع، لأن غالب عادة استعمال هذه الألفاظ على عرف الشارع لسائر الأحكام، ولأن الشارع مبينٌ للشرع لا للغة.

أما عند تفسير ألفاظ المكلفين، فتقدم الحقيقة الشرعية على غيرها مالم تتعذر، فمن حلف على فعل الصلاة انصرف لفظه إلى الصلاة بمعناها الشرعي دون اللغوي، ومن حلف على عدم بيع الخمر فإنه يحنث بصورة العقد، مع فساده شرعاً وعدم اعتباره عقداً، وذلك لتعذر الصحيح. وقال الحنابلة أيضاً بتقديم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية إذا اشتهرت الحقيقة العرفية، ولم تعد الحقيقة اللغوية معلومة لأكثر الناس، ويمثلون لهذا بلفظ الظعينة فإنه عرفاً المرأة، وفي اللغة: الناقة التي يظعن عليها، وهذا معنى لا يعرفه أكثر الناس، أما إذا لم تغلب الحقيقة العرفية فإن اللغة هي المقدمة[3].

رابعاً: إذا تعارضت المعاني المجازية للفظ المحمول على المجاز، فإنه يقدّم أقربها إلى

---

(١) انظر المراجع السابقة.

(٢) انظر: آل تيمية، عبد السلام وعبد الحليم وأحمد، المسودة في أصول الفقه (القاهرة: دار المدني، د.ط، د.ت) ص١٥٩. ابن قدامة، روضة الناظر، ص١٧٤. ابن بدران، المدخل، ص١٧٤.

(٣) انظر: ابن قدامة، المغني، ج١٠ص٥٧. ابن مفلح، المبدع، ج٩ص٢٩٠.

الحقيقة[1]. ولم أجد لهذه القاعدة مثالاً عند من أشار إليها.

خامساً: إذا دار اللفظ بين التأكيد والتأسيس فإنه يحمل على التأسيس، عند جمهور الفقهاء[2] والأصوليين[3] والمحدثين[4].

محل هذه القاعدة إذا وردت من الشارع أو من المكلف عبارة ما مكررةً لفظاً أو معنىً، فإن العبارة الثانية تحمل على معنى جديد تحتمله، غير المعنى الذي أفادته العبارة الأولى، فلا يقال: إنها تأكيد لموجب العبارة الأولى إلا إذا قامت قرينة ترجح ذلك.

والسبب في ذلك أن "التأكيد على خلاف الأصل، لأن الأصل في وضع الكلام إنما هو تفهيم السامع ما ليس عنده"[5]، ثم إن "التأسيس أكثر والتأكيد أقل، وهذا معلوم عند كل من يفهم لغة العرب"[6]، وما كان كذلك فشأنه التقديم، لإفادته معنى لا يفيده الأول[7]، ولذا جعلت كتب القواعد الفقهية[8] هذه القاعدة فرعاً عن قاعدة

---

(١) انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج١ص٢٠٨. الرزاي، المحصول، ج٥ص٥٧٥. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج١ص١٨٧.

(٢) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥ص٢٤٢. الدسوقي، الحاشية، ج٢ص٤٠٩. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢٥٣. ابن تيمية، الكتب والرسائل، ج٣١ص١٣٢.

(٣) انظر: الآمدي، الإحكام، ج١ص٢٧٦. الزركشي، المنثور، ج١ص٣٢٠. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص١٩٩. أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج١ص٣٩٢.

(٤) ابن حجر، فتح الباري، ج١١ص٦١٣. العظيم آبادي، محمد شمس الحق، عون المعبود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤١٥هـ) ج٣ص٣٢٥. المباركفوري، تحفة الأحوذي، ج٨ص٧٧.

(٥) الإسنوي، التمهيد، ص١٦٧.

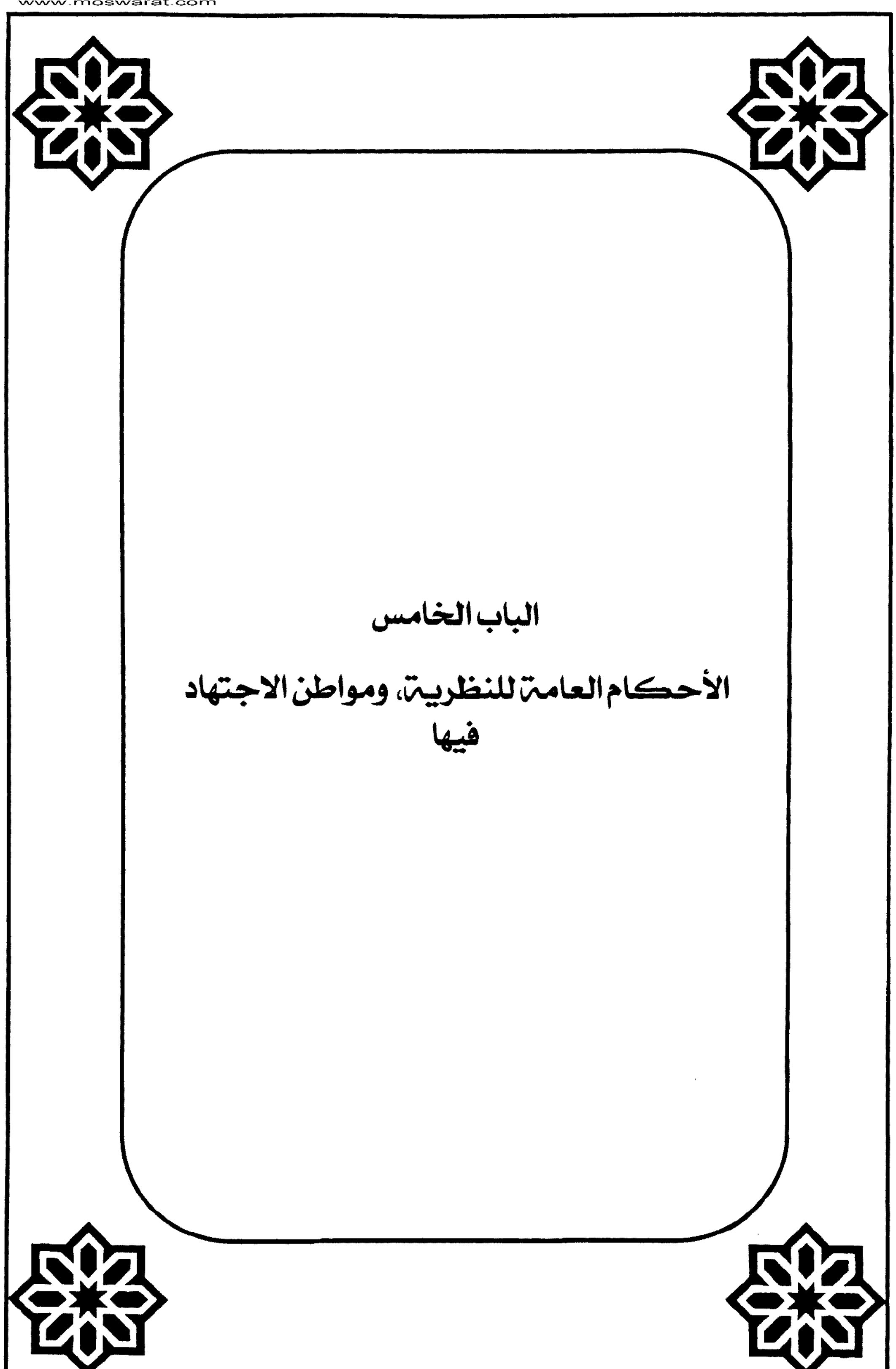
(٦) الشوكاني، إرشاد الفحول، ص١٩٠.

(٧) انظر: الآمدي، الإحكام، ج٢ص٢٠١.

(٨) انظر: ابن نجيم، الأشباه، ص١٢٦. السيوطي، الأشباه، ص٩٣.

"إعمال الكلام أولى من إهماله".

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء على هذه القاعدة، ما لو قال شخص لامرأته: أنت طالق، أنت طالق! ولم تكن في نيته تأكيد موجب اللفظ الأول باللفظ الثاني، فإن قوله هذايحمل على إيقاع طلقتين لا طلقة واحدة.



الباب الخامس

الأحكام العامة للنظرية، ومواطن الاجتهاد فيها

الباب الخامس

الأحكام العامة للنظرية، ومواطن الاجتهاد فيها

تمهيد:

هذا الباب مخصص للبحث في الثمرة العملية لمباحث التحديد المختلفة، وأعني بذلك: الأحكام العامة ذات العلاقة بتحديد المستحقات. وقد اخترت الجمع بينها وبين مواطن الاجتهاد في النظرية في هذا الباب، للترابط الوثيق بين موضوعيهما، إذ لا يمكن للباحث أن يعترف على مواطن الاجتهاد في هذه النظرية، ما لم يستوف البحث في الأحكام العامة المتعلقة بالتحديد. وقد خصصت لكل قضية من هاتين القضيتين فصلاً خاصاً به.

الفصل الأول

الأحكام العامـة للنظرية

تمهيد:

سبق لي أن أشرت في أكثر من موضع في هذه الرسالة إلى أن " التحديد" بحد ذاته يُعد حكماً شرعياً لاعتبارات أوضحتها في محلها[1]، ولذا فإنني في هذا الفصل أريد أن أبين الأحكام الشرعية ذات العلاقة بالتحديد كمفهوم، فالبحث هنا ليس في ذات التحديد -فهذا قد تم لي في الأبواب المتقدمة- وإنما في الأحكام الفقهية ذات الصلة به، على اعتبار أن هذه الأحكام هي الثمرة العملية المتحصلة من إبراز التحديد كمفهوم فقهي خاص.

وقبل الشروع في مباحث هذا الفصل ومسائله المختلفة، لا بد لي أن أُعرّف تعريفاً إجمالياً بالحكم الشرعي، وأن أبين أقسامه المختلفة، بالقدر الذي يمهد لهذه المباحث:

أولاً: تعريف الحكم الشرعي:

للفقهاء والأصوليين توجهان رئيسيان في تعريف الحكم الشرعي، يظهرهما التعريفان التاليان:

أ-الحكم الشرعي هو: "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين، بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع"[2].

---

(١) انظر الفصل الثاني من الباب الثالث ص٢٠١ من هذه الرسالة.

(٢) الشوكاني، إرشاد الفحول، ص٢٣. وانظر قريباً منه عند: الغزالي، المستصفى، ص٤٥. الرازي، المحصول، ج١ص١٠٧. السبكي، الإبهاج، ج١ص٤٣. صدر الشريعة، التوضيح، ج١ص١٤، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج١ص٢١٦.

ب-الحكم الشرعي هو: مقتضى خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً[1].

والفرق بين هذين التوجهين هو: أن التوجه الأول اعتبر الحكم الشرعي هو نفس الخطاب، في حين أن التوجه الثاني اعتبر أن الحكم الشرعي هو أثر الخطاب. وقد مال بعض المعاصرين إلى ترجيح هذا التعريف لأنه "ميز بين الحكم الشرعي وبين دليله تمييزاً واضحاً، فجعل الحكم ما يثبت بالخطاب، والدليل: الخطاب نفسه، خلافاً للتعريف الأول، الذي دمج بينهما تقريباً، بجعل الخطاب الشرعي دليلاً وحكماً في آن واحد، وإن فرقوا في زعمهم بينهما، فقالوا: إن الحكم عبارة عن القول النفسي المناسب لمعناه المصدري، وإن الدليل عليه عبارة عن القول اللفظي المناسب لمعنى المفعول.

فإنه في رأيي: لا مجال للأصوليين في البحث عن الكلام النفسي القائم بذاته سبحانه وتعالى، إذ هو صفة من صفاته، وإنما مجال ذلك علم الكلام..."[2] وهذا ترجيح سديد في نظر الباحث والله تعالى أعلم.

ثانياً: أقسام الحكم الشرعي:

للأصوليين تقسيمات متعددة للحكم الشرعي[3]، تختلف عن بعضها البعض بحسب الاعتبار الذي لوحظ في كل واحد منها، لكن أشهر هذه التقسيمات تقسيمه إلى: حكم تكليفي وحكم وضعي[4]، وتعريف كل منهما -بحسب التوجه المختار في

---

(١) هذا التعريف ورد بألفاظ متقاربة عند: ابن بدران، المدخل، ص١٤٦. صدر الشريعة، التوضيح، ص١٤-١٥. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج١ص٢٤

(٢) البيانوني، الحكم التكليفي، ص٢٨-٢٩.

(٣) انظر: المرجع السابق، ص٤٠ وما بعدها.

(٤) انظر: الآمدي، الإحكام، ج٤ص١٣٧، والسبكي، الإبهاج ج١ص٥٠. السيوطي، الأشباه، ص٢١٩. التفتازاني، التلويح، ج٢ص١٢٢. الشاطبي، الموافقات، ج١ص٢٧٣. ابن بدران، المدخل، ص١٥٨. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص٢٤.

تعريف الحكم الشرعي عامة- هو:

١- **الحكم التكليفي**: هو: "أثر خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال العباد طلباً أو تخييراً"[١].

٢- **الحكم الوضعي** هو: " أثر خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال العباد وغيرهم عن طريق الوضع، وذلك بجعل الشيء ركناً في شيء أو شرطاً له، أو سبباً، أو مانعاً، أو صحيحاً، أو فاسداً"[٢].

وهذا النوع الأخير مبني على ما عرف في الشريعة من أن "الشرع وضع -أي : شرع- أموراً سُميت أسباباً وشروطاً وموانع... إلخ، تعرف عند وجودها أحكام الشرع من إثبات أو نفي"[٣].

هذا وقد رأيت أن أتناول الأحكام الشرعية المتعلقة بالتحديد من خلال هذا التقسيم، فأبين الأحكام المندرجة تحت القسم الأول منه، ثم أبين الأحكام الأخرى التي تندرج تحت القسم الآخر، كما سيظهر من خلال مبحثي هذا الفصل.

ولا يخفى أن الأحكام التي سيتكفل الباحث ببيانها هنا، هي تلك الأحكام الفقهية الكلية، التي تتعلق بالمفاهيم العامة للنظرية، فهي التي تتناسب مع منهجية البحث في النظرية، أما بيان الأحكام الجزئية بتفصيلاتها فلا يعنينا إلا بقدر الذي يؤكد هذه الأحكام ويؤيدها.

---

(١) البيانوي، الحكم التكليفي، ص٤٤.

(٢) المرجع السابق، ص٤٥ بتصرف.

(٣) ابن بدران، المدخل، ص٥٨ بتصرف يسير.

المبحث الأول: الأحكام التكليفية المتعلقة بتحديد المستحقات

الأحكام التكليفية التي تتعلق بتحديد المستحقات إما أن تكون متعلق بإقامة التحديد، وإما أن تكون متعلقة بالتحديد بعد بيانه وإقامته، وفيما يلي بيان لكلا النوعين، في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الأحكام التكليفية المتعلقة بإقامة التحديد

تحديد المستحقات إجمالاً لا يخلو من إحدى حالتين:

الأولى: أن يكون مستمداً من مصدره التشريعي مباشرة، بحيث لا يحتاج المكلف لأكثر من تفهم صحيح للنص الذي جاء فيه ذكر التحديد، لكي تستبين له حدود ذلك المستحق الذي وجب أداؤه أو استيفاؤه.

الثانية: أن يكون الشارع قد أسند إلى المكلف فعلاً لابد منه لقيام التحديد وظهوره، على صورته المعتبرة شرعاً في ابتناء الأحكام وترتيب الآثار.

أما إقامة التحديد في الحالة الأولى، فلا مدخل للمكلف فيها، لأن الشارع قد تكفل بها ابتداءً وانتهاءً، فليس على المكلف إلا تنفيذ هذا التحديد بالصورة التي طلبت منه.

وأما إقامته في الحالة الثانية فهي محل البحث هنا، حيث يظهر لي أن دور المكلف فيها لا يخرج عن أحد صور ثلاثة، فيما يلي بيانها، وبيان حكم قيام المكلف بما أسند إليه من فعل فيها:

الصورة الأولى: أن يكون الشارع قد عبر عن التحديد بلفظ خفي، بحيث لا تمكن استفادة التحديد من هذا اللفظ إلا باجتهاد من المكلف الذي توفرت فيه أهلية الاجتهاد، وعندها يكون دوره أحد أمور ثلاثة:

١- إذا كان الخفاء من جهة انطباق اللفظ الدال على التحديد على أحد أفراده، لوجود وصف زائد، أو نقص وصف في هذا الفرد-وهذا ما يسميه الأصوليون بالخفاء[1] - فإن دور المجتهد يكون في إمعان النظر في هذا الفرد، بالاستعانة بمجموع النصوص وحكمة التشريع ومقاصده، ليستبين له أثر ذلك الوصف في تقرير حكم هذا الفرد ومدى انطباق النص عليه[2].

ومن أمثلة هذا النوع - في باب التحديد- تحديد عقوبة الطرار، وهو الشخص الذي يأخذ المال خفية ولكن مع وجود صاحبه بطريق الخفة والمهارة، ففي هذا الفعل سرقة وزيادة، ولا يمكن للمجتهد أن يطبق النصوص الواردة في تحديد عقوبة السارق-وهي القطع من مفصل الكف- إلا بعد أن يبحث في مدى تأثير هذا الوصف في تكييف الفعل الذي يأتي به هذا الشخص، هل هو مؤثر سلباً أم إيجاباً في ثبوت التحديد لهذا الفعل؟ والذي عليه جمهور الفقهاء [3] أن عقوبة الطرار محددة بما حددت به عقوبة السارق، وذلك لتحقق معنى السرقة بصورة كاملة بل وعلى وجه أشد خطورة.

٢- إذا كان الخفاء من جهة اللفظ ذاته، كأن يكون اللفظ مشتركاً أو مُعارضاً بغيره من النصوص - وهو ما يسميه الأصوليون بالمشكل[4]- فإن دور المجتهد هنا هو البحث والتحري عن مرجح خارجي (دليل أو قرينة) يزيل الإشكال ويرفعه، وذلك بتقديم أحد معاني اللفظ المشترك، أو ترجيح أحد النصوص المتعارضة على غيرها،

---

(١) انظر: الشاشي، أصول الشاشي، ج١ص٨١. السرخي، أصول السرخي، ج١ص١٦٧.

(٢) انظر: المرجعان السابقان. أبو زهرة، أصول الفقه، ص١٣٢.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٧ص٧٦. الإمام مالك، المدونة، ج ١٦ص٢٨٠. البهوتي، الروض المربع، ج٣ص٣٢٤.

(٤) انظر: البزدوي، كشف الأسرار، ج١ص٤٥. الشاشي، أصول الشاشي، ج١ص٨١.

وقد سبق لي التمثيل على هذا النوع في الباب الرابع[1].

٣- إذا كان الخفاء من جهة اللفظ ذاته، وكان هذا الخفاء مما لا ينفع فيه النظر والتأمل، ولا يفيد فيه طلب المرجحات الخارجية- وهو ما يسميه الأصوليون بالمجمَل[2]-فإن دور المجتهد هنا هو الاستفسار من المُجمِل،وهذا متصور في عهد الرسالة، وأما بعدها فيكون دوره البحث عن النص الذي فيه تفسير هذا اللفظ، لأن الرسالة لم تنقطع إلا بعد تمام الدين وكماله، قال تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًاۚ ﴾ [المائدة: ٣]. وقد سبق لي التمثيل على هذا النوع في الباب السابق[3].

هذا ما يتعلق بدور المكلف في إقامة التحديد في هذا الموضع، أما الحكم التكليفي لقيامه بهذا الدور، فهو داخل –من حيث الجملة- في حكم إقامة الاجتهاد، لأن الذي يقوم بهذا الدور هنا هو المكلف الذي توفرت فيه شروط الاجتهاد، وأهلية النظر في الأدلة ومتعلقاتها.

والذي يظهر لي من كلام الأصوليين[4]، أن حكم إقامة الاجتهاد بعامة يتراوح بين أن يكون واجباً عينياً، و واجباً كفائياً، ومندوباً. أما وجوبه عيناً فيكون في حالتين: الأولى: اجتهاد المجتهد في حق نفسه في واقعة تخصه، والثانية: اجتهاده في المسائل التي تعيَّن عليه الحكم فيها، إما لضيق الوقت عن سؤال غيره في مسألة يخشى فواتها بفوات

---

(١) انظر ص٢٥٣ من هذه الرسالة.

(٢) البزدودي، كشف الأسرار، ج١ص٤٥.

(٣) انظر ص٢٥٤ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: الزركشي ، البحر المحيط، ج٧ص٢٤٠-٢٤١. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج٣ص٣٨٨ وما بعدها. وانظر أيضاً: الغزالي، المستصفى، ص٣٦٨ وما بعدها. الرازي، المحصول، ج٦ص١١٤-١١٦. السمعاني، قواطع الأدلة، ج٢ص٣٠٣. ابن قدامة، روضة الناظر، ص٣٧٧.

وقتها، أو لعدم وجود مجتهد غيره أصلاً.

وأما وجوبه على الكفاية فيكون في حالتين أيضاً: الأولى: إذا وقعت حادثة لا يخشى فواتها بلا حكم، وتعدد المجتهدون، فإن الفرض يتوجه عليهم جميعاً بلا تعيين، فإن اجتهد فيها أحدهم سقط الفرض عن الباقين، والثانية: إذا تردد الحكم في الواقعة بين قاضيين مشتركين في النظر، فإن الاجتهاد يكون مشتركاً بينهما على الكفاية، فإن حكم أحدهما فيها سقط الوجوب عن الآخر.

أما الاجتهاد الذي يندب إليه فذلك هو الاجتهاد في المسائل التي -لم تقع- سواء استُفتي المجتهد فيها، أو لم يستفتَ.

الصورة الثانية: أن يكون الشارع قد أثبت التحديد بخطاب موجه إلى عموم المكلفين، ارتبط فيه التحديد بجنسٍ أو نوع من أنواع المستحقات لا بعين واحدٍ منهما، وعندها يكون دور المكلف تنزيل هذا العموم على آحاد المستحقات التي تعرض له، وفعله هذا هو التحديد التنزيلي الذي مرده -حسب اصطلاح الأصوليين[1]- إلى تحقيق المناط.

وبما أن تحقيق المناط هو نوع من أنواع الاجتهاد، فإن حكمه التكليفي هنا يدخل من حيث الجملة في حكم الاجتهاد عموماً، وهو ما بينته آنفاً في الصورة الأولى لهذه المسألة. وهذا مع ملاحظة الفروق بين مؤدى كلا الاجتهادين، وما يترتب عليه من آثار، فالنوع السابق يؤدي إلى التحديد التشريعي، في حين يؤدي هذا النوع إلى التحديد التنزيلي[2].

---

(١) انظر: الغزالي، المستصفى، ج١ص٢٩١ . ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج٣ص٢٥٦. الشاطبي، الموافقات، ج٤ص٨٩. ابن بدران، المدخل، ص٣٠٣.

(٢) انظر ص١٧٥ من هذه الرسالة.

الصورة الثالثة: أن يكون الشارع قد أمر المكلف بالتزام طريق معين في تصرفاته القولية أو الفعلية، بحيث يدخل التحديد في جملة هذا الأمر أو في مستلزماته، وعندها يكون دور المكلف مشتملاً على ثلاثة أمور هي: استنباط المعاني الفقهية المختلفة التي اشتمل عليها خطاب الشارع، والتي من ضمنها ما يتعلق بالتحديد. و وضع الأسس والمبادئ التي يتحقق من خلالها أمر الشارع في أرض الواقع، بما تحمله من تنوع واختلاف يستلزم كفاية هذه الأسس والمبادئ لكافة صوره وأشكاله. وإقامة هذه الأسس والمبادئ وإجراؤها في أنواع التصرفات و الحوادث الواقعة بالفعل.

وخير مثال يتضح به على ما تقدم[1]: أن النبي ﷺ "نهى عن بيع الغرر"[2]، فقد استنبط الفقهاء المجتهدون من هذا النص، مجموعة كبيرة من الأحكام الفقهية التي تدور جميعاً على كيفية اجتناب الغرر في عقد البيع وفيما جرى مجراه من العقود، وقد كان بعض هذه الأحكام متعلقاً بصيغة العقد، وبعضها متعلقاً بالشروط المقترنة به، وبعضها الآخر متعلقاً بمحل العقد (المستحق)، ثم إن هذه الأحكام التي تعلقت بالمستحق منها ما يدور حول وجود المحل، ومنها ما يدور حول القدرة على تسليمه، ومنها ما يدور حول تحديده، وهذا هو محل اهتمامنا هنا.

ولو تأملنا هذه الطائفة من الأحكام-التي تدور حول المحل- لوجدناها تشتمل على الأسس والمبادئ التي يمكن أن يتم من خلالها تحديد محل العقد في أنواع العقود المختلفة، فهي ليست مجرد أحكام جزئية فرعية وحسب، بل منها ما هو قواعد فقهية تنبنى عليها الصور المختلفة، الواقعة والمتوقعة.

وبعد هذا وذاك يبقى الأمر الأخير، هو إقامة هذه الأحكام وتنفيذها في أرض الواقع، والذي هو من مسؤولية المكلفين عند مباشرتهم لأنواع العقود المختلفة،

---

(١) راجع هنا: الضرير، الغرر و أثره في العقود.

(٢) سبق تخريجه.

فيجب عليهم أن يعرفوا كيف يكون التحديد؟ وبماذا يكون؟ حتى تصح معاملاتهم على وجه لا غرر فيه.

هذا ما يتعلق بدور المكلف في إقامة التحديد في هذا الموضع، أما الحكم التكليفي لقيامه بذلك، فالذي يظهر لي أن الأمر الأول والثاني من الأمور الثلاثة المتقدمة يدخلان ضمن الحكم التكليفي للاجتهاد، لأنهما يتعلقان بالنظر في النصوص، واستنباط الأحكام الشرعية منها، مما لا مدخل فيه لغير المجتهد، أما الأمر الثالث فحكمه يختلف من تصرف إلى آخر، فحيث يكون التحديد مما لا بد منه لتمييز المستحقات بعضها عن بعض، ولمنع أكل أموال الناس بالباطل، واجتناب المنازعات والخصومات فهو واجب[1]، لأن هذه الأمور واجبة، فكذا ما يؤدي إليها، وحيث كان التحديد غير ضروري لذلك، وإنما هو من تمام التصرف وكماله فهو ليس بواجب. ثم إن أنظار المجتهدين قد تتفق وقد تختلف في تقرير التصرفات التي يجب فيها التحديد والتي لا يجب، تبعاً لما يرونه في كل تصرف منها.

المطلب الثاني: الأحكام التكليفية المتعلقة بالتحديد بعد بيانه وإقامته

بعد إقامة التحديد أو تجليته وفق الضوابط الشرعية، الأصولية والفقهية، والتي تجعل منه تحديداً صحيحاً ومؤثراً، فإن مجموعةً من الأحكام التكليفية المرتبطة بهذا التحديد لابد أن تظهر، في سبيل إعطاء هذا التحديد مكانته التشريعية المناسبة، وفي سبيل تحقيق غرض الشارع من إثباته وإقامته، والذي يظهر لي أن أهم هذه الأحكام ما يلي:

الحكم الأول: حرمة تغيير التحديد، أو تحريفه، أو تبديله بغير وجه حق.

وهذا الحكم وإن كان في الحقيقة متعلقاً بسائر الأحكام الشرعية، وبسائر المعاني

---

(١) راجع في هذا المعنى ما قاله العلماء في النهي عن بيع الغرر، مثل: الزرقاني، شرح الموطأ، ج٣ص٣٩٧.

المستفادة من كلام الشارع، والتي من ضمنها التحديد، إلا أن الشارع الحكيم قد نص في أكثر من موضع على تعلقه بالتحديد على الوجه الخصوص، وذلك لما للتحديد من أهمية في ضبط وجوه التصرف المختلفة للمكلفين، وفي إقامة أحكام الله تعالى فيهم على الوجه الذي يرتضيه، ومن هذه النصوص الخاصة:

أ-قوله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ۚ وَذَٰلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴿١٣﴾ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴿١٤﴾ ﴾ [النساء: ١٣ – ١٤]، هذه الآية وإن كانت تدل بعمومها على حرمة التعدي على حدود الله وهي شرائعه وأحكامه، التي شرعها لعباده(١)، إلا أن لها مناسبة خاصة، فهي مذكورة بعد جملة من الآيات التي فيها تحديدٌ لأنصبة بعض الورثة من التركة، مما يكسبها معنىً خاصاً يؤيد ما نحن بصدده.

ب-قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ۚ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، هذا الجزء من الآية الكريمة ورد في معرض بيان الأحكام المتعلقة بتوثيق الدين، وفيه نهي واضح و صريح للذي عليه الحق (المدين) عن أن ينقص من الدين الذي ثبت في ذمته شيئاً، بل يجب عليه أن يحافظ على حدود الحق كما ثبت في ذمته، وذلك بإثباته على صفته ومقداره الذي هو عليه في الحقيقة، من غير تبديل ولا تغيير(٢).

ج-ما رواه ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال: "ملعون من غير تخوم الأرض"(٣).

---

(١) انظر: ابن كثير، التفسير، ج١ص٢٧٨.

(٢) انظر: الطبري، جامع البيان، ج٣ص١٢١.

(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده ج١ص٣٠٩، ٣١٧. و البيهقي في السنن الكبرى ج٨ص٢٣١ .وابن حبان في الصحيح ج١٠ص٢٦٠. و الحاكم في المستدرك ج٤ص٣٩٦، وقال عنه الهيثمي في مجمع الزوائد: "رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح" ج١ص١٠٣.

وقد جاء في تفسير هذا الحديث: "التخوم هي الحدود والمعالم، والمعنى في ذلك يقع في موضعين: الأول منهما: أن يكون ذلك في تغيير حدود الحرم التي حدها إبراهيم-عليه السلام-خليل الرحمن عز وجل، والمعنى الآخر: أن يَدخلَ الرَّجلُ في ملك غيره من الأرض، فيحوزه ظلماً وعدواناً"[1].

الحكم الثاني: وجوب الالتزام بحدود المستحق أداء واستيفاء:

العلاقة بين فعل المكلف والمستحق لا تخلو من إحدى صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون المكلف مطالباً بأداء المستحق، وذلك عندما تكون السلطة الواردة على المستحق تستلزم أن يؤدي المكلف هذا المستحق إلى جهة أخرى، مما يعني أن المستحق يدور بين طرفين: الأول: هو المكلف الذي يؤدي المستحق، والثاني: صاحب الحق الذي له سلطة استيفاء هذا المستحق.

ويدخل في هذه الصورة سائر الواجبات الشرعية التي يجب على المكلف أن يؤديها لله تعالى ابتداءً، كالصلاة والصيام والزكاة...إلخ، كما يدخل فيها سائر الواجبات التي يجب على المكلف أن يؤديها إلى غيره من المكلفين عند قيام أسبابها الشرعية، من تصرفات قولية أو فعلية أو غير ذلك، كما في تسليم المبيع في عقد البيع، وأداء النفقة في عقد النكاح، وضمان المغصوبات والمتلفات.

الصورة الثانية: أن يكون المكلف مستوفياً للمستحق، وذلك عندما تكون له سلطة المطالبة بالمستحق، أو سلطة التصرف به، وفي كلا الحالين يسمى هذا المكلف بصاحب الحق، لأن السلطة التي يمارسها على المستحق تكون عائدةً إليه -إجمالاً- و إلى إرادته.

---

(١) أبو عبيد، القاسم بن سلام الهروي، غريب الحديث (بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ١٣٩٦هـ) ج٣ص١١. وانظر مثله في: ابن الاثير، النهاية، ج١ص١٨٣-١٨٤.

ومن الأمثلة على هذه الصورة: استيفاء الدائن لما ثبت له في ذمة المدين، واستيفاء المرتهن لحقه من العين المرهونة عند عدم الوفاء، واستيفاء المالك لمنافع العين المملوكة...الخ.

والذي يهمني بعد تفصيل حدود العلاقة بين المكلف والمستحق، أن أبين أن هذه العلاقة بصورتيها يجب شرعاً أن تقام ضمن الحدود التي يثبت بها المستحق، مع مراعاة الأحكام الشرعية الأخرى.

ففي الصورة الأولى يجب على المكلف أن يؤدي المستحق بحدوده التي تثبت له، فليس له أن ينقص من ذلك شيئاً، إلا في حالة واحدة، وهي قيام سبب شرعي صحيح يدل على جواز النقصان من المستحق، ومثال ذلك في العبادات: قصر الصلاة الرباعية في السفر، ومثاله في المعاملات: تنازل البائع عن شيء من الثمن، وزيادة الدائن في الأجل بلا مقابل، قال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ومثاله في الجنايات عفو أولياء الدم عن جزء من الدية، قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [النساء: ٩٢].

وفي الصورة الثانية يجب على المكلف أن يراعي حال استيفائه للمستحق حدود هذا المستحق كما أثبتها الشرع بمصادره المختلفة، فليس له أن يطالب من عليه الحق بأداء ما هو أوسع من تلك الحدود، كما ليس له أن يتصرف خارج الحدود الموضوعية للمحل الذي ثبتت له عليه سلطة من السلطات.

وكل هذا الكلام مردّه إلى قوله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكْتَالُوا۟ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ۝٣﴾ [المطففين: ١ – ٣] ، فهذه الآيات وإن كان لفظها خاصاً فيمن يزيد على حقه عند الكيل والوزن لنفسه، ويُنقص عند الكيل

والوزن لغيره[1]، إلا أن معناها يعُم، ولذا قال بعض أهل التفسير: "التطفيف في الكيل والوزن والوضوء والصلاة والحديث"[2]، وقال الإمام مالك: "لكل شيء وفاء وتطفيف"[3].

---

(١) انظر: الطبري، جامع البيان، ج٣٠ص٩٠.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٩ص٢٠٥.

(٣) الإمام مالك، الموطأ، ج١ص١٢.

المبحث الثاني: الأحكام الوضعية المتعلقة بتحديد المستحقات

الأحكام الشرعية الوضعية التي تتعلق بتحديد المستحقات متعددة، بعضها يتعلق بالتحديد وجوداً، أي: عند التزام المكلف بموجب التحديد، وبعضها يتعلق به عدماً، أي: عند عدم التزام المكلف بموجبه، وفيما يلي بيان لكلا النوعين المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الأحكام الوضعية المترتبة على التزام المكلف بموجب التحديد

الالتزام بموجب التحديد يعني : مراعاة المكلف للحدود الثابتة للمستحق حال أدائه له، أو حال استيفائه إياه، مع ملاحظة نوع التحديد من حيث قابليته للزيادة أو النقصان، أو عدم قابليته لأي منهما[1].

وهذا الالتزام يولد مجموعة من الأحكام الشرعية عن طريق خطاب الوضع ، وفيما يلي بيان لأهمها:

الحكم الأول: الالتزام بموجب التحديد يجعل التصرف الذي أتى به المكلف صحيحاً:

أي: موصوفاً بالصحة، والتي هي عند بعض الفقهاء: "عبارة عن كون الفعل مسقطاً للقضاء في العبادات ، أو سبباً لترتب ثمرته المطلوبة منه شرعاً في المعاملات"[2]، وقال غيره في تعريفها: "الصحة: استتباع الغاية"[3] ، وقال آخر : "الصحة: اعتبار الشرع الشيء في حق حكمه"[4].

---

(١) راجع: الفصل الأول من الباب الثالث، ص١٩٠ من هذه الرسالة.

(٢) البركتي، محمد عمم الإحسان، قواعد الفقه (كراتشي: الصدف للنشر، ط١، ١٤٠٧هـ) ص٣٤٧.
وقريباً منه عند: الغزالي، المستصفى، ص٧٦. الآمدي، الإحكام، ج١ص١٧٥.

(٣) السبكي، الإبهاج، ج١ص٤٨.

(٤) ابن قدامة، روضة الناظر، ص٥٨.

وهذه التعريفات تدور على معنىً واحد مقتضاه: أن الفعل الصحيح هو ذلك الفعل الذي أتى به المكلف وفق ما أراده الشارع منه، بحيث غدا هذا الفعل صالحاً لترتب آثاره المقصودة منه.

وبيان هذا في حق التحديد، أن المكلف عندما يراعي حدود المستحق في الأداء أو الاستيفاء، فإنما يفعل ذلك امتثالاً لحكم الشرع فيها، مما يستلزم اعتبار الشارع لفعله هذا، فهو واقع على وفق إرادته وأمره من هذه الجهة، ومن ثمرات هذا الاعتبار أن يكون الفعل مستتبعاً لكافة آثاره ونتائجه التي بنتها الشريعة عليه، بشرط أن تراعى أحكام الشارع الأخرى المتعلقة بهذا التصرف، والحكم بالصحة هذا، هو أساس الأحكام الأخرى التي تبنى على الالتزام بحدود المستحق.

الحكم الثاني: **الالتزام بموجب التحديد يجعل العبادة التي أتى بها المكلف مُجزِئة:**

الإجزاء عند بعض الأصوليين هو: "الاكتفاء بالفعل في سقوط الأمر، ومعناه: أن الخطاب متعلق بفعله (أي: الأمر) على وجه مخصوص، فإذا أتى به المكلف على ذلك الوجه انقطع عنه تعلق الخطاب وهذا يدل على أن الفعل الذي يوصف بالإجزاء، هو ذلك الفعل الذي أتى به المكلف على وجه صحيح، بحيث لا يُطالب به مرةً أخرى، ولذا قيل في تعريفه أيضاً: "إسقاط القضاء"[(١)].

والذي يدل عليه كلام بعض الأصوليين كالرازي وابن السبكي وغيرهما[(٢)] ، أن الإجزاء صفة تختص بالعبادات دون غيرها، فلا توصف المعاملات بذلك لعدم تعلق الأمر بها، كما لا توصف بها الأمور التي تقع على وجه واحد كمعرفة الله تعالى، ولذا كان معنى الإجزاء أخص من معنى الصحة السابق بيانه.

---

(١) الزركشي، البحر المحيط، ج١ص٣١٩ .

(٢) انظر المراجع الثلاثة السابقة. وكذلك الرازي، المحصول، ج٢ص٤١٤.

وعلاقة هذا كله بالتحديد تظهر من تتبع أحكام العبادات المختلفة، فهي في حقيقتها مجموعة من الأفعال التي أمر الشارع المكلف الإتيان بها على وجه مخصوص، وكيفية مخصوصة، بحيث لا تكفي صورة الإتيان بالفعل بل لا بد من تحقق مجموعة من الشروط، التي هي في أغلبها تحديدات زمانية ومكانية، وأوصاف إضافية زائدة على أصل صورة الفعل، وقد جعل الشارع إتيان المكلف بتلك الأفعال ضمن هذه التحديدات والأوصاف أمراً لا بد منه لسقوط المطالبة، وتحصيل الأجر والثواب بإذن الله تعالى.

الحكم الثالث: الالتزام بموجب التحديد يبرئ ذمة المكلف مما لحقها بسبب من الأسباب:

الذمة في اصطلاح الفقهاء: "محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"[1]، وتتميز هذه الذمة بأنها من حيث الأصل بريئة من سائر الحقوق والالتزامات، ولذا كانت القاعدة: "الأصل براءة الذمة"[2]، وهي تبقى كذلك إلى أن يقوم سبب من أسباب انشغال الذمة، التي هي بالجملة خمسة أسباب: حكم الشرع، والعقد، والتصرف الانفرادي، والفعل النافع، والتعدي على حق الغير. وقيام واحد من هذه الأسباب بإثبات أمر في ذمة المكلف، يعني أن المكلف قد صار مطالباً بأداء هذا الأمر (المستحق) للجهة صاحبة الاستحقاق.

ومن لوازم هذا الثبوت أن يكون المستحق الذي شُغلت به الذمة معلوماً ومحدوداً أيضاً، لأن جريان المطالبة أو الأداء بين الناس على خلاف هذا، يعني اضطراب التعامل بينهم، وقيامه على وجه يناقض الغاية التي شرعت من أجلها أصناف الحقوق المختلفة[3].

---

(١) الزرقا، المدخل، ج٣ص١٩٠.

(٢) السيوطي، الأشباه، ص٥٣. البركتي، قواعد الفقه، ص٥٨.

(٣) انظر: الشاطبي، الموافقات، ج١ص١٥٧. و راجع ص١٨٠ من هذه الرسالة.

وبناءً على ما تقدم كانت إقامة التحديد ابتداءً، والتزام المكلف بموجبه انتهاءً، هو السبيل إلى أن يعرف طرفا الحق ما لهما أو عليهما بصورة تجعل المطالبة تقف عند هذا التحديد ولا تتعداه، فإن أدى المُطالب ما عليه، فقد برئت ذمته، وعادت إلى ما كانت عليه من قبل.

المطلب الثاني: الأحكام الوضعية المترتبة على عدم الالتزام المكلف بالتحديد

عدم الالتزام بالتحديد له صورتان:

الأولى: عدم مراعاة المكلف للحدود الثابتة للمستحق حال الأداء أو الاستيفاء.

الثانية: عدم إقامة المكلف للتحديد على الوجه الذي أراده الشارع، وذلك في الحالات التي وَكَل الشارع فيها إقامة التحديد أو طرفاً منه إلى فعل المكلف وإرادته، أي في أصناف المعاملات المختلفة.

وفيما يلي بيان لأهم الأحكام الشرعية التي تترتب على هاتين الصورتين وبيان لحالات ثبوت كل حكم منها على وجه الإجمال:

الحكم الأول: عدم الالتزام بالتحديد يجعل الفعل الذي أتى به المكلف باطلاً أو فاسداً في الغالب:

الباطل والفاسد في اصطلاح جمهور الفقهاء والأصوليين[1] لهما معنىً واحد، وهو ضد الصحيح، أي: الفعل الذي أتى به المكلف على خلاف ما أراد الشارع، بغض النظر عن وجه المخالفة التي حصلت. أما عند الحنفية[2]، فالباطل غير الفاسد، إذ الباطل: ما كان منهياً عنه بأصله ووصفه، في حين أن الفاسد يطلق على ما كان منهياً عنه بوصفه لا بأصله.

---

(١) الغزالي، المستصفى، ص٧٦. السبكي، الإبهاج، ج١ص٦٩. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص١٩٣.

(٢) انظر: السرخي، أصول السرخسي، ج١ص٨١، وما بعدها. الشاشي، أصول الشاشي، ج١ص١٦٥. صدر الشريعة، التوضيح، ج٢ص٢٢٢.

ومن ثمار الخلاف بين هذين الاصطلاحين[1]:ما يظهر في تصنيف العقود من حيث المشروعية، فهي عند الجمهور نوعان: صحيح وباطل، وعند الحنفية ثلاثة أنواع: صحيح وباطل وبينهما واسطة، وهي العقد الفاسد، وحكمه قبل القبض مثل حكم العقد الباطل، فلا يترتب عليه أثر، وأما بعده فهو يدور بين الصحة والبطلان، فيوجب ملكاً خبيثاً واجب الفسخ لحق الله تعالى، ما لم يصحح بإزالة سبب الفساد منه.

وعلى كلا الاصطلاحين فإن أي تصرف يأتي به المكلف على وجه باطل، يعني عدم اعتبار الشارع له، فلا تسقط به عبادة من العبادات، ولا تترتب عليه ثمرة من ثمار المعاملة الصحيحة. وفيما يلي بيان لأهم التصرفات التي توصف بالبطلان أو بالفساد نظراً لاختلالها من جهة تحديد المستحق فيها:

١ - أنواع العبادات المختلفة، إذا أتى بها المكلف على غير ما حُددت به من أوصاف ذاتية، وهي الأركان والشروط، فإنها تكون باطلةً باتفاق، إذ لا فرق بين الباطل والفاسد في أبواب العبادات، ما لم يقم دليل خاص على صحة تجاوز بعض هذه الأركان أو هذه الشروط لظروف خاصة، وهي حالات الترخص المقررة بحكم الشرع في كل نوع من أنواع العبادات. وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء، على خلاف بينهم فيما يعد ركناً أو شرطاً، وما لا يعد، في هذه العبادة أو تلك.

٢ - أنواع التصرفات القولية التي اشترط فيها تحديد المستحق تحديداً موجباً للعلم به[2]، إذا أقدم المكلف على إيقاعها من غير تحديد صحيح، مع مراعاة الأمور التالية:

أ- الحنفية يحكمون على هذا النوع من التصرفات بالفساد في حين أن جمهور الفقهاء يجعلونه باطلاً، ولكل من هذين مصطلحين مدلوله كما تقدم.

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) راجع في معرفة هذه العقود، ص٢٨٥ من هذه الرسالة.

ب- يشترط لتحقق وصف التصرف أو الفساد أو البطلان هنا، أن يكون عدم التزام المكلف بقواعد التحديد قد أدى إلى الجهالة الفاحشة بمحل التصرف، والجهالة الفاحشة هي تلك التي تؤدي إلى النـزاع عادة[1]، ولذا كان مردها في الاعتبار إلى العرف، الذي قد يختلف في تقرير ذلك باختلاف الزمان والمكان والأحوال، وفي هذا يقول الأستاذ السنهوري: "إن الواجب يقتضينا أن نسجل هنا للفقه الإسلامي حسنةً من حسناته الكبرى، فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة، أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير، مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر، ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة -دون القواعد الجامدة- إنما يدل على: تقدم كبير في الصناعة القانونية، يجاري بها ما يستحدثه التطور، وعلى حيويته تكمن فيه، فتجعله صالحاً للبقاء في العصور المتعاقبة"[2].

وعلى ضوء هذه الحقيقة لا بد من مراجعة كثير من أقوال الفقهاء في بعض أنواع العقود -وخاصة عقدي السلم والاستصناع- حيث نراهم يمنعون صوراً منه؛ بحجة أن المعقود عليه مما يتعذر ضبطه[3]، فالتقدم العلمي والتقني في زماننا هذا، قد جعل كثيراً من هذه الأشياء مما يمكن ضبطه وتحديده على صورة مقبولة فقهاً.

ج- الحكم بالبطلان أو الفساد لعدم الالتزام بموجب قواعد التحديد، هو الأغلب في الفقه، ولا يستثنى من ذلك إلا ما سيأتي ذكره في النقطة التالية، وهي حالات يصح فيها العقد مع ثبوت الخيار.

---

(١) انظر: الكاساني، البدائع، ج٧ص٣١. ابن عابدين، الحاشية، ج٦ص٥٣. الدسوقي، الحاشية، ج٣ص٢٠٧. ابن قدامة، المغني، ج٥ص٤٤.

(٢) السنهوري، مصادر الحق، ج٣ص٣٨، وأيده في ما ذهب إليه الضرير، الغرر، ص٥٩١.

(٣) راجع مثلاً: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦ص١٤٤، المواق، التاج والإكليل، ج٤ص٥٤٥. الغزالي، الوسيط، ج٣ص٤٤٤. المرداوي، الإنصاف، ج٥ص١٠٦.

الحكم الثاني: عدم الالتزام بالتحديد يجعل العقد غير لازم في بعض الصور:

العقد غير اللازم: "هو ما يملك كلٌّ من طرفيه، أو أحدهما فقط، فسخه دون رضا الآخر، إما عملاً بطبيعة العقد نفسه كالوكالة والإعارة والإيداع، أو لمصلحة العاقد، كالعقد المشتمل على الخيار"[1]. وحديثي هنا عن العقد غير اللازم بسبب الخيار، فعدم الالتزام بموجب قواعد التحديد أو بعضها يجعل العقد -في بعض الحالات- غير لازم لمصلحة العاقد المتأثر من عدم التحديد. وفيما يلي بيان لأهم الخيارات[2] التي تثبت بسبب عدم الالتزام بالتحديد وهي على قسمين:

القسم الأول: الخيارات التي تثبت بسبب الإخلال بقواعد التحديد عند إنشاء العقد، وهي ثلاثة خيارات:

١- خيار التعيين:

هذا الخيار قال به الحنفية[3] والمالكية[4] وهو يثبت عندهم في عقد البيع عندما لا يكون المعقود عليه معيناً بالذات، وإنما هو واحد من أعيان متعددة معلومة، كأن يقول البائع: بعتك أحد هذه الأثواب الثلاثة بمبلغ كذا وكذا، على أن يكون لك الخيار في أخذ أيها شئت. ويشترط الحنفية[5] - وهم الأكثر توسعاً في هذا الخيار - لثبوته جملة من الشروط وهي :

---

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج٤ص٣٠٩٤.

(٢) راجع: أبو غدة، عبد الستار، الخيار وأثره في العقود (جدة، مجموعة دلة البركة، ط٢، ١٤٠٥هـ).

(٣) انظر: الميرغاني، الهداية، ج٣ص٣١-٣٢. ابن نجيم ، البحر الرائق، ج٦ص٢٣. الكاساني، البدائع، ج٥ص٢٦١.

(٤) انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ص٤٢٦. الدسوقي، الحاشية، ج٣ص١٠٦.

(٥) انظر: مراجع الحنفية السابقة.

أ- أن ينص على ذكر الخيار في صلب العقد، أي: مع الإيجاب والقبول.

ب- أن تكون الأشياء محل الخيار من الأموال القيمية، أو من المثلية مختلفة الجنس، وذلك لعدم الحاجة إليه في المثليات المتفقة الجنس.

ج- أن يكون الخيار إلى مدة معلومة بحيث يصير العقد لازماً بعد ذلك.

د- أن يقع التخيير بين ثلاثة أشياء على الأكثر؛ لاشتمال الثلاثة على الجيد والوسط والرديء، وما زاد على ذلك فلا حاجة إليه.

٢- خيار الكشف، أو خيار كشف الحال:

هذا الخيار قال به الحنفية[١]، في الأصح عندهم، وأثبتوه للمشتري في حالات التي يتم فيها تحديد المبيع بغير الوسائل المتعارف عليها، أي باستخدام وسيلة شخصية يراها المشتري ولا يعرف حقيقة مقدارها، ومن الأمثلة التي يذكرونها: أن يقول له: بعتك ملء هذا الإناء، أو هذا الكيس، أو زنة هذا الحصاة ...إلخ.

وقد قال الحنفية بصحة هذا العقد لأنهم رأوا أن المبيع فيه نوع من الجهالة المغتفرة، التي لا تفضي إلى المنازعة غالباً، وخاصة أنهم يشترطون في هذا العقد أن يتم تسليم المعقود عليه في مجلس العقد. ثم إنهم أثبتوا الخيار، لعدم علم المشتري بمقدار المبيع على وجه الحقيقة، فإن كاله أو وزنه بعد ذلك فقد تم له العلم التام، فإن قبله أخذه، وإلا ردَّه.

٣- خيار الكميّة:

هذا النوع من الخيارات قال به الحنفية[٢] دون غيرهم، وأثبتوه للبائع في الحالات

---

(١) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥ ص٣٠٧. ابن عابدين، الحاشية، ج٤ ص٥٣٨، ٥٦٦.

(٢) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥ ص٢٩٨، ابن عابدين، الحاشية، ج٤ ص٥٣١. ابن همام، فتح القدير، ج٦ ص٢٦٠.

التي لا يتم فيها تحديد الثمن المطلق (النقود) تحديداً صحيحاً وتاماً، كأن يكون مستوراً، أو في وعاء لا يدل ظاهره على ما فيه من نقود ولو دلالة تقريبية، كأن يقول المشتري : اشتريت منك هذه السلعة بما في محفظتي من نقود، أو بما في هذا الصندوق من دراهم...إلخ.

هذا وقد قال الحنفية[1] بصحة عقد البيع ولزومه في صور قريبة من الصور السابقة، وهي ما إذا كانت النقود المتعاقد عليها في قبضة البائع، أو في صرة يُعرف ما فيها برؤية ظاهرها، وفرقوا بين هذه الصور وتلك، بأن الجهالة هنا يسيرة، إذ يستطيع البائع أن يعرف مقدار الدراهم، أو الدنانير على وجه التقريب، بخلاف الصور السابقة، إذ قد يقول المشتري: بعتك بما في هذه الصندوق من دراهم، وليس فيه إلا درهم واحد.

القسم الثاني: الخيارات التي تثبت بسبب الإخلال بالتحديد عند تنفيذ العقد وهي ثلاثة خيارات:

١- خيار الخلف في الوصف:

ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة بيع عين غائبة بشرط أن تحدد تحديداً صحيحاً ينفي عنها الجهالة، لكن القائلين بهذا الرأي اختلفوا فيما يثبت للبائع من خيار، حال التنفيذ، أي: عند تسليم المبيع ورؤيته من قِبل المشتري، ولهم في ذلك مذهبان:

الأول: ثبوت الخيار للمشتري على كل حال، فله أن يفسخ العقد و يرده سواء وجد المبيع على خلاف الصفة المذكورة في العقد أو لا. ولذا فقد عد بعض الفقهاء هذا النوع من الخيارات ضمن خيارات التروي -كخيار الإيجاب وخيار المجلس- لأنه لم يثبت بسبب الإخلال بموجب العقد وما فيه من تحديد، وإنما لإعطاء المشتري فترة

---

(١) انظر المراجع السابقة.

من التروي والتثبت. وهذا هو مذهب الحنفية[1].

الثاني: ثبوت الخيار للمشتري إذا وجد المبيع على خلاف الصفة المذكورة في العقد، وإلا فالعقد صحيح ولازم. وهذا هو مذهب المالكية[2] والحنابلة[3].

وعلى الرأي الثاني يكون خيار الخلف في الوصف، من الخيارات التي تثبت بسبب الإخلال بموجب التحديدات حال التنفيذ، مع أن بعضهم يسميه خيار الرؤية؛ باعتبار زمن ثبوته.

٢- خيار فوات الوصف المرغوب:

هذا الخيار قال به جمهور الفقهاء من الحنفية[4] والمالكية[5]والشافعية[6] والحنابلة[7]، وهم يثبتونه في عقد البيع الذي يتم على عين قيمية حاضرة، يراها المشتري ويعلم من أوصافها ما يبدو له منها، ثم إنه -حال العقد- يشترط فيها صراحة أو دلالة أن تكون موصوفة بوصف مشروع، له فيه غرض صحيح عادة، فإذا تبين له بعد ذلك أن الوصف الذي اشترطه لم يكن متحققاً في تلك العين، كأن يشتري هذا الجهاز على أنه أصلي فإذا هو مقلد، أو يشتري هذه السيارة على أنها مصنوعة هذا العام فإذا هي مصنوعة في العام الماضي...إلخ.

---

(١) انظر: الميرغناني، الهداية، ج٣ص٣٢. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦ص٢٨.

(٢) انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ص٢٩٧.

(٣) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣ص١٦٣. ابن قدامة، المغني، ج٤ص١٦.

(٤) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦ص٢٥. ابن عابدين، الحاشية، ج٤ص٥٨٩.

(٥) انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٤ص٤٢٧. المواق، التاج والإكليل، ج٤ص٤٢٧.

(٦) انظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣ص٤٥٨. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٥٠.

(٧) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٤ص١٥.

و من هنا يظهر أن الفرق بين هذا الخيار وسابقه، في أنه يقع على الأعيان الحاضرة لا الغائبة، وأنه يثبت لفوات صفة مشروطة في العقد لمصلحة مشترطها، لا من أجل تعريف العين المعقود عليها أو رفع الجهالة عنها ، إذ الجهالة مرفوعة بالرؤية الحاصلة عند العقد.

والذي يظهر من كلام الفقهاء[1] أن الوصف هنا يعني سائر الأمور التي يمكن تحديد المبيع بها عدا الجنس، فإن العقد إذا تمّ على عين معينة على أنها من جنس ما، ثم ظهر أنها من جنس آخر، فإن العقد لا يصح أصلاً.

وهذا الخيار إذا ثبت بوجه صحيح، فإنه يجيز للمشتري أن يرد البيع من أصله، وإلا فإنه يمسكه على حاله بجميع الثمن، وليس له أن يرجع على البائع بجزء من الثمن، لأن الغائب في الحقيقة وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن[2]، وكل هذا ما لم يمتنع الرد على البائع، فعندها يجوز الرجوع عليه بما يقابل الوصف الفائت، وذلك بأن يقوَّم المعقود عليه في حال توافر الصفة، وفي حال عدمها، ثم يرجع على البائع بمقدار التفاوت.

٣- خيار اختلاف المقدار:

ذهب الحنفية[3]والشافعية[4] إلى إثبات هذا الخيار في عقد البيع، في حالاتٍ يتم فيها-عند التنفيذ- الإخلال بموجب التحديد الوارد في العقد، وهذه الحالات هي تلك التي يأتي فيها المعقود عليه مخالفاً في المقدار لما هو متفق عليه، زيادةً أو نقصاً، كأن يقول له: بعتك هذه الصرة من الأرز بعشرة دنانير على أنها عشرون كيلو غراماً، ثم توزن الصبرة، فإذا هي خمسة وعشرون، أو تسعة عشرة.

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: الحصكفي، الدر المختار، ج٤ص٥٨٧.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٥ص١٥٩.

(٤) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص١٨.

وقد حصر الفقهاء صور هذه المسالة –من حيث الأصل- في أربعة صور[1]، فيما يلي بيانها، وبيان حكم كل منها:

١- أن يكون المعقود عليه قيمياً، ثم تأتي المخالفة فيه بالزيادة، ففي هذه الصورة ذهب الشافعية[2] إلى أن البائع بالخيار، بين رد العقد وبين تسليم المبيع مع الزيادة بلا مقابل، والسبب في إثبات الخيار أن في إلزام المشتري بدفع شيء مقابل الزيادة إضرار به، وفي إلزام البائع بتسليم المبيع مع الزيادة دون مقابل إضرار به أيضاً، فكان الخيار هو السبيل إلى دفع الضرر عن الطرفين. أما الحنفية[3] فقالوا بلزوم البيع على اعتبار أن الزيادة هنا تكون في الطول والعرض وما شابه، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن.

٢- أن يكون المعقود عليه قيمياً ، ثم يأتي مخالفاً لما اتفق عليه بالنقصان، وهنا يثبت الخيار للمشتري بين إمساك المبيع على ما هو عليه، وبين رد العقد، ولا يقال برد شيء من الثمن مقابل النقصان، لعدم تساوي أجزاء المال القيمي، وبالتالي عدم إمكان معرفة ما يقابل النقصان من الثمن[4].

٣- أن يكون المعقود إليه مثلياً، ثم تأتي المخالفة فيه بالزيادة ، وهنا يكون العقد صحيحاً ولازماً، ويجب على المشتري أن يرد ما زاد على المذكور في العقد بلا مقابل،

---

(١) يقول الأستاذ أبو غدة: "اعتبر كثير من المصنفين هذه المسائل من باب فوات الشرط، وبعضهم أدرجها في فوات الوصف المرغوب، والواقع أنها مستقلة عن الخيارين في الموجب، لدوران عامل خاص بها، وهو بدل الزائد وحط النقصان، في صور لا يقتصر الخيار على الإمساك أو الرد مجاناً، كما أن الخيار فيها أحياناً يثبت للمشتري –وهو الأغلب- وقد يكون للبائع". الخيار، ص٤٥٧.

(٢) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص١٨.

(٣) انظر: الكاساني، البدائع، ج٥ص١٥٩.

(٤) انظر : الكاساني، البدائع، ج٥ص١٥٩. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص١٨.

لأن هذه الزيادة ليست من المتفق عليه، ولا ضرر في إرجاعها[1].

٤- أن يكون المعقود عليه مثلياً، ثم يأتي مخالفاً لما اتفق عليه بالنقصان، فهنا يثبت الخيار للمشتري بين رد العقد، وبين إمساك المعقود عليه مع الرجوع على البائع بما يقابل الجزء الناقص من الثمن، لأن المعقود عليه هنا متماثل الأجزاء، وتمكن معرفة ما يقابل الجزء الناقص من الثمن، بقسمه الثمن على مجموع الأجزاء[2].

الحكم الثالث: عدم الالتزام بموجب التحديد يجعل الأداء الذي أتى به المكلف غير مبرئ للذمة:

الذمة من حيث الأصل تكون بريئة من أنواع الحقوق المختلفة إلى أن يقوم سبب من أسباب انشغالها، فإذا قام هذا السبب فإن الذمة تصبح مشغولة، بمعنى أن صاحبها يعتبر مطالباً بأداء واجب من الواجبات تجاه الغير، ولذا كان إبراء الذمة يعني: "تخليصها وتنقيتها مما وجب فيها شرعاً"[3].

وإبراء الذمة هذا لا بد أن يقف عند حد معلوم يعرف المكلف ببلوغه أن ذمته قد عادت إلى ما كانت عليه من قبل، ولذا نجد العناية التامة من قبل الفقهاء في التعريف بما يثبت في الذمة بناءً على أنواع الموجبات المختلفة، وكذا تحديده، ولكن ماذا لو لم يلتزم المكلف بحدود ما ثبت في ذمته، هل تبقى ذمته مشغولة كما كانت؟ أم أن حكماً آخر يلزمه؟

- الذي يظهر للباحث أن عدم الالتزام بموجب التحديد عند أداء المستحقات يؤدي إلى أحد النتائج التالية:

١- عدم براءة ذمة المكلف مطلقاً، بحيث يستوي حال الذمة قبل الأداء وبعده،

---

(١) انظر المرجعين السابقين.

(٢) انظر المرجعين السابقين.

(٣) انظر: القضاة، إبراء الذمة، ص٤٠.

فيبقى المكلف مطالباً بالمستحق كاملاً، ولا عبرة بالجزء الذي أداه. ويكون هذا في كل عبادة واجبة حُكم عليها بالبطلان أو عدم الإجزاء لاختلال شيء من أركانها أو نقصانه، كما يكون في أداء أي مستحق لا يقبل التجزئة بطبيعته، كالأعيان التي تنقص نقصاً فاحشاً بالتبعيض، وسائر الحقوق المعنوية في الحالات التي لا تُقبل فيها التجزئة، لأنها إما أن تقع على وجهها الكامل أو لا اعتبار بها، كطاعة ولي الأمر، والزوج، وبر الوالدين، ومعاشرة الزوجة بالمعروف، وما شابه.

كما يثبت هذا الحكم في سائر العقود التي تقع على موصوف في الذمة إذا جاء به الملتزِم على غير الوجه الذي اتفق عليه، ما لم يُفسخ العقد أو ينفسخ.

٢- براءة ذمة المكلف من المستحق الذي وقع الإخلال به، مع انشغالها بمستحق آخر، وهذا الحكم أثبته الشارع في بعض أنواع العبادات تخفيفاً منه وتيسيراً على العباد، فالحج -مثلاً- إذا وقع فيه شيء من محظورات الإحرام، أو الفوات لبعض الواجبات، فإنه يقع صحيحاً ومسقطاً لحجة الإسلام، مع انشغال الذمة بالدم أو ما يقوم مقامه من الكفارة[1]، وفي زكاة الإبل إذا فقد المالك الصنف الذي وجب عليه أداؤه فإن له أن ينزل درجة أو درجتين، مع إعطاء شاتين أو عشرين درهماً فضة عن كل درجة ينزلها، وذلك عند من يقول به من الفقهاء[2].

٣- براءة ذمة المكلف بالقدر الذي أداه من المستحق، مع بقاء ذمته مشغولة بالجزء الآخر الذي لم يؤده، ويكون هذا في الواجبات التي تقبل التجزئة، إما بطبيعتها أو بحكم الشارع فيها، كما في أنواع الديون المختلفة، وأقساط الدية المخففة.

---

(١) انظر: الميرغناني، الهداية، ج١ص١٦٠. ابن جزيء، قوانين الأحكام، ص٩٣، الشربيني، مغني المحتاج، ج١ص٥٣١، البهوتي، كشاف القناع، ج٢ص٤٥٠.

(٢) انظر: النووي، الروضة، ج٢ص١٥٧. ابن قدامة، المغني، ج٢ص٢٣٩.

الحكم الرابع: عدم الالتزام بموجب التحديد يجعل التصرف الذي أتى به المكلف موجباً للعقوبة:

الأصل في الشريعة الإسلامية أن العقوبة تثبت بثبوت المعصية[1]، والتي هي في حقيقتها مخالفة أمر من أوامر الشارع، بترك ما أمر بفعله، أو إتيان ما أمر باجتنابه.

وإذا كان الشارع قد أمر المكلفين بالتزام الحدود التي شرعها لهم في سائر أعمالهم إذ يقول: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَاۚ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فإن هذا يعني أن مخالفة هذا الأمر معصية تستلزم العقوبة، وهذا مع مراعاة ما جاء في النصوص الأخرى التي تبين شروط إقامة العقوبات وإثباتها.

ثم إن إيجاب العقوبة هنا لا يعفى من الآثار المدنية والمالية المترتبة على المخالفة لأن تلك الآثار تثبت لحق العباد خاصة، وهذه العقوبة تثبت لحق الله تعالى بما يعود إليهم جملة.

---

(١) راجع: البزدوي، كشف الأسرار، ج٤ص١٤٨.

الفصل الثاني

مواطن الاجتهاد في النظرية

تمهيد:

المقصود من إدراج هذا الفصل ضمن هذه الرسالة، هو بيان المواضع التي يمكن أن يؤدي الاجتهاد فيها دوره التشريعي، في سبيل بيان شيء من أحكام هذه النظرية أو تقرير بعض من مبادئها العامة.

وبيان ذلك أن أحكام هذه النظرية -كغيرها من الأحكام الشرعية الأخرى- جاءت للتعامل مع وقائع مختلفة ومتنوعة ومتجددة، ولا يمكن لها أن تفي بما تتطلبه هذا الوقائع من أحكام وتشريعات، إلا بإتاحة المجال للاجتهاد المعتد به شرعاً، ليمارس دوره التشريعي، من خلال مجموعة من القواعد والضوابط التي تضمن له سلامة الأداء وصحة النتيجة. وتجلية هذا المجال الذي يؤدي فيه الاجتهاد دوره ووظيفته هذه، هو مقصود البحث هنا.

ولا يمكن أن تتضح معالم هذا المجال بصورة صحيحة، إلا ببيان الوظيفة التي يؤديها النص الشرعي أيضاً، فالنص الشرعي هو الذي يحيط بأحكام هذه النظرية عموماً، ولولا ذلك لما استحقت أن تكون نظرية فقهية شرعية، ثم إن طبيعة النص الشرعي ومنهجه في بيان الأحكام هو الذي يبين لنا تلك المواطن التي فيها فسحة للنظر والاجتهاد.

وبناءً على هذا فقد جاء هذا الفصل في مبحثين رئيسين، أحدها لبيان العلاقة بين النص الشرعي والتحديد، والآخر في بيان العلاقة بين الاجتهاد والتحديد.

المبحث الأول: العلاقة بين النص الشرعي والتحديد

لبيان العلاقة بين النص الشرعي والتحديد، جعلت هذا المبحث يشتمل على مطلبين: الأول: في دور النص في إثبات التحديد، والثاني: في شروط اعتبار النص في التحديد.

المطلب الأول: دور النص في إثبات التحديد

سبق لي أن بينت[1] أن النص الشرعي يعتبر مصدراً أول من مصادر التحديد التشريعي، وأن هذا المصدر إما أن يفيـد التحديد بطريق مباشر، أو بطريق غير مباشر، وما أريد بيانه هنا هو تلك المواطن التي يدلي من خلالها النص بأحكامه التي تثبت التحديد أو قواعده للمستحقات المختلفة، حيث يظهر لي أن أهم هذه المواطن هي[2]:

١- ألفاظ النص[3]:

وأقصد بها هنا كلمات النص ومفرداته المتلوة والمقروءة، التي تفيد المعنى من جهة ما دلت عليه بوجوه الدلالات المختلفة، وهي التي يرجعها الأصوليون إلى أربعة أقسام رئيسية[4]، وهي:

أ- دلالة اللفظ من حيث المعنى الذي وضع له، أي: كونه عاماً أو خاصاً أو مشتركاً.

---

(١) انظر: الفصل الأول من الباب الثالث، ص٢٠٥ من هذه الرسالة.

(٢) معظم هذه المواطن سبق لي ذكرها في مواطن متفرقة من الرسالة، ضمن سياقات أخرى، فاكتفيت هنا بإعادة ذكرها مع الإشارة إلى مواطن ذكرها فيما سبق، وذلك خشية التكرار.

(٣) راجع ما سبق بشأن هذا الموضوع ص٢٦٢ من هذه الرسالة.

(٤) انظر: التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج١ ص٢٩. وقد اخترت تقسيم الحنفية هنا لوضوحه وشموله.

ب- دلالة اللفظ من حيث استعماله في المعنى الذي وضع له، أي: كونه حقيقةً أو مجازاً، أو صريحاً أو كنايةً.

ج- دلالة اللفظ من حيث وضوحه في المعنى الذي وضع له، أي: كونه واضحاً أو خفياً، ولكل من هذين القسمين درجاته المتعددة.

د- دلالة اللفظ من حيث المعنى المقصود منه، أي: كونه عبارة نص أو إشارة نص أو دلالة نص أو اقتضاء نص.

٢- معاني النص[١]:

وأعني به العلل والمقاصد التي يستنبطها المجتهد من النص عن طريق البحث والتأمل، والتي تتخذ بعد ذلك مقياساً ومرتكزاً للحكم في الوقائع التي لم يشملها النص بألفاظه.

ومعنى النص هذا يأخذ من طريقين: الأول: الكشف عن علة الحكم الذي جاء به النص، وذلك عن طريق ما يسميه الأصوليون بمسالك العلة[٢]. الثاني: الكشف عن مقاصد الشارع من الحكم الذي جاء به النص، وذلك بالبحث عن المعنى الكلي أو المصلحة التي توخاها هذا النص وغيره من النصوص المماثلة له في الحكم أو علة الحكم[٣].

---

(١) راجع ما سبق بشأن هذا الموضوع ص٢٧٣ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) انظر: الرازي، المحصول، ج٥ص١٩١. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص٣٥٧. ابن أمير الحاج، التقرير والتجبير، ج٣ص٢٥١.

(٣) انظر: الشاطبي، الموافقات، ج٢ص٣٩٣، ج٣ص١٤٨. ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص١٢٥-١٢٩.

٣- سكوت النص، أو دلالته الضرورية[١]:

السكوت كما عرفه بعض العلماء هو: "ترك التكلم مع القدرة عليه"[٢]. ومناسبة ذكره هنا: أن الحنفية[٣] يرون أن دلالة الألفاظ على معانيها: لفظية وغير لفظية، أما اللفظية فهي تلك التي أشرت إليها عند الحديث عن ألفاظ النص، أما غير اللفظية فهي: تلك التي تستفاد من النص ضرورةً، مع أن النص ساكت عنها ظاهراً، وسبب تسميتها بالدلالة الضرورية، أن "الموضوع للبيان في الأصل هو النطق، وهذا يقع بما هو ضده وهو السكوت"[٤].

هذا وللسكوت دور كبيرٌ أيضاً في تقرير بعض أنواع الدلالات عند الجمهور، كما هو الحال في مفهومي الموافقة والمخالفة، المعدودين عندهم ضمن دلالة اللفظ[٥].

٤- إحالة النص[٦]:

وأعني بها تلك الحالات التي لا يباشر النص فيها عملية التحديد، بل يحيل هذا الأمر إلى مرجع آخر، وإحالة النص هذه قد تكون صريحة، كأن يأمر صراحة بالرجوع إلى العرف أو مقتضى حكم الحاكم أو غير ذلك، وقد تكون ضمنية تستفاد من ضرورة تنـزيل النص على مقتضيات اللغة والعوائد الجارية.

---

(١) راجع ما سبق بشأن هذا الموضوع ص٢٥٧ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) البركتي، قواعد الفقه، ص٣٢٣.

(٣) انظر: الشاشي، أصول الشاشي، ج١ص٢٦١. السرخسي، أصول السرخسي، ج٢ص٥٠. ابن أمير الحاج، التقرير والتجير، ج١ص١٣٤.

(٤) ابن أمير الحاج، التقرير والتجير، ج١ص١٣٤.

(٥) انظر مثلاً: السبكي، الإبهاج، ج٣ص٢٧.

(٦) راجع ما سبق بشأن هذا الموضوع ص٢٥٩ وما بعدها من هذه الرسالة.

المطلب الثاني: شروط اعتبار النص في التحديد

الذي يظهر لي من تتبع كلام الفقهاء والأصوليين في مواضع شتى، أنهم يضعون شروطاً لا بد من تحققها من أجل إعمال النص الشرعي في مسائل التحديد عامة، حيث تبدو هذه الشروط واضحة من خلال النقاشات الفقهية المتعددة التي دارت بينهم، حول صلاحية الاستدلال ببعض النصوص في هذه المسائل. ويمكن إجمال هذه الشروط بما يلي:

أولاً: أن يستوفي النص الشروط الأصولية العامة في قبول النصوص، أي في إعمالها في الاستنباط:

من المعروف أن الأصوليين -على اختلاف مذاهبهم- قد وضعوا شروطاً خاصةً لا بد من تحققها في النص الشرعي ليعتبر حجة، أي صالحاً لاستنباط الأحكام الشرعية منه، وهذه الشروط بعضها متفق عليه، وبعضها خاص ببعض المجتهدين دون غيرهم، وهذه الشروط لا بد من تحققها في النص الذي يراد الاحتجاج به في التحديد، كغيره من الأحكام الشرعية الأخرى. ومن الأمثلة على إعمال هذا الشرط:

١- رد بعض العلماء[١] للمذهب القائل بتحديد أقل الحيض بثلاثة أيام؛ بسبب ضعف الحديث الذي اعتمد عليه أصحاب هذا القول[٢].

٢- رد الحنفية للحديث الذي جاء فيه تحديد الرضاع المحرِّم بخمس رضعات[٣]؛ لأنه حديث آحاد لا يصلح لتخصيص آية الرضاع المتواترة، على مقتضى أصولهم، يقول الإمام الجصاص : "وغير جائز لأحد إثبات تحديد الرضاع الموجب للتحديد إلا بما يوجب العلم

---

(١) انظر: النووي، المجموع، ج٢ص٣٨٣. ابن القيم، إعلام الموقعين، ج١ص٢٩٧.

(٢) الحديث المشار إليه رواه الدار قطني في سننه، كتاب الحيض، رقم ٦١.

(٣) الحديث المشار إليه رواه مسلم في الصحيح، كتاب الرضاع، باب التحريم بخمس رضعات، رقم ١٤٥٢.

من كتاب أو سنة منقولة من طريق التواتر، ولا يجوز قبول أخبار الآحاد عندنا في تخصيص حكم الآية الموجبة للتحريم بقليل الرضاع لأنها آية ظاهرة المعنى"[1].

ثانياً: أن يكون اللفظ الذي يدل ظاهره على التحديد قد سيق حقيقة من أجل التحديد وليس من أجل معنى آخر، كالتكثير أو التعظيم أو التفخيم أو التهويل...الخ[2].

ثالثاً: أن يكون اللفظ الذي استُدل به على التحديد، وكذا الوجه الذي يراد حمل معناه عليه، وافياً بغرضه من هذه الجهة، **أي**: كافياً لحصول التمايز بين محل التحديد وبين غيره. ومن الأمثلة على إعمال هذا الشرط:

١- رد بعض العلماء[3] لحديث القلتين في تحديد الماء الكثير في الطهارة، مع إقراره بصحته من جهة الرواية، لزعمه عدم العلم بمقدارهما.

٢- رد جمهور الفقهاء لحمل الشفق -الذي ينتهي وقت المغرب بغيابه كما جاء في الحديث[4]- على الشفق الأبيض؛ لعدم حصول التحديد به، جاء في تفسير القرطبي: " قال الخليل: صعدت منارة الإسكندرية، فرمقت البياض فرأيته يتردد من أفق إلى أفق، ولم أره يغيب، وقال ابن أبي أُويس: رأيته يتمادى إلى طلوع الفجر، قال علماؤنا: لم يتحدد وقته فسقط اعتباره"[5].

---

(١) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣ص٦٦.

(٢) راجع أمثلة هذا النوع ص١٩٥ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: الزيلعي، عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية (القاهرة، دار الحديث، د.ط، ١٣٥٧هـ) ج١ص١١١.

(٤) الحديث المشار إليه رواه مسلم في الصحيح، كتاب المساجد، باب الصلوات الخمس، رقم ٦١٢.

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٩ص٢٧٦.

رابعاً: ألا يكون النص قد سكت عن شيء من التحديد مع الحاجة إليه لمعرفة دلالة النص ككل، مع عدم قيام نص أو قرينة كافية -في نظر المجتهد- لبيانه. ومن الأمثلة على إعمال هذا الشرط:

١- رد الإمام مالك لحديث: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"(١)، فقال: "ليس لهذا عندنا حدٌّ معروف ولا أمرٌ معمول به"(٢)، "يعني أنه قد تعذر جعله أصلاً في تشريع خيار المجلس؛ لخلوه عن تحديد مقدار المجلس، وعدم وجود عمل في شأنه يفسره، فإن المجلس لا ينضبط، وقد يكون في سفينة أو شقدف (محمَل)"(٣).

٢- رد الإمام الشوكاني قول الذين ذهبوا إلى جواز الجمع تقديماً وتأخيراً بين الظهر والعصر، أو المغرب والعشاء بلا عذر، بناءً على ما فهموه من حديث ابن عباس الذي جاء فيه: "جمع رسول الله بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء بالمدينة، من غير خوف ولا مطر. قيل لابن عباس: لم فعل ذلك؟ قال: كي لا يُحرج أمته"(٤). يقول الإمام الشوكاني: "لفظ « جمع بين الظهر والعصر » لا يعم وقتها ... بل مدلوله لغة الهيئة الاجتماعية، وهي موجودة في جمع التقديم والتأخير والجمع الصوري(٥)، إلا أنه لا يتناول جميعها ولا اثنين منها، إذ الفعل المُثبت لا يكون عاماً في أقسامه كما صرح

(١) هذا الحديث رواه البخاري في الصحيح، كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، رقم ١٩٧٣، ومسلم في الصحيح، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، رقم ١٥٣٢.

(٢) الأصبحي، الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى (بيروت، دار صادر، د.ط، د.ت) ج١٠ص١٨٨. والذي يظهر أنه يقصد بالعمل هنا عمل أهل المدينة.

(٣) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص٢٦٥.

(٤) رواه مسلم ، كتاب المساجد، باب الجمع بين الصلاتين في الحضر، رقم ٧٠٥.

(٥) الجمع الصوري مثاله: أن يؤخر الظهر إلى آخر وقتها ويعجل العصر في أول وقتها. انظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج٣ص٢٦٥.

بذلك أئمة الأصول، فلا يتعين واحد من صور الجمع المذكور إلا بدليل، وقد قام الدليل على أن الجمع المذكور في الباب هو الجمع الصوري فوجب المصير إلى ذلك"[1].

ومن الأمثلة على ذلك أن بعض الأحاديث الصحيحة[2] قد جاءت في النهي عن سفر المرأة -بلا زوج أو محرم- مسيرة ثلاثة أيام، وبعضها الآخر في النهي عن ذلك يوماً واحداً، وغير ذلك مما يدل على أن المراد من النصوص غير التحديد، يقول الإمام النووي: "فحصل أن النبي ﷺ لم يرد تحديد ما يقع السفر، بل أطلقه على ثلاثة أيام، وعلى يومين، وعلى يوم وليلة، وعلى يوم، وعلى ليلة، وعلى بريد وهو مسيرة نصف يوم، فدل على أن الجميع يسمى سفراً"[3]. أي أن تحديد السفر لا يؤخذ من ظاهر أحد هذه النصوص، وإنما من مطلق السفر لغةً أو عرفاً.

---

(١) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٣ص٢٦٤ وما بعدها.

(٢) انظر في هذه الأحاديث: الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥ص١٥.

(٣) النووي، المجموع، ج٤ص٢٨٧.

المبحث الثاني: العلاقة بين الاجتهاد والتحديد

تمهيد:

الاجتهاد عند الأصوليين هو: "استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية، على وجه يُحس من النفس العجزُ عن المزيد فيه"(١)، أو هو "استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع، إما في درك الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها"(٢).

وعملية الاجتهاد هذه لا تكون معتبرة في الكشف عن الأحكام الشرعية، ما لم تتصف بمجموعة من الشروط، وتلتزم بعدد من الضوابط، بعضها يقوم في محل الاجتهاد، وبعضها الآخر في المجتهد نفسه، وقد أوسع الأصوليون هذه الشروط والضوابط بحثاً في مواضعها من كتب الأصول ومدوناته المختلفة(٣)، وكذا سائر المباحث المتعلقة بهذا الاجتهاد.

والذي يهمني من هذا كله هنا، هو ذلك التقسيم الذي ارتآه بعض الأصوليين(٤) للاجتهاد من حيث محله، فقد رأوا أن الاجتهاد بهذا الاعتبار قسمان: اجتهاد فيما فيه نص، واجتهاد فيما لا نص فيه، حيث سأتناول في هذا المبحث -إن شاء الله تعالى- العلاقة بين كل من هذين النوعين من الاجتهاد والتحديد، كلاً على حده، وذلك في المطلبين التاليين.

---

(١) الآمدي، الإحكام، ج٤ص١٦٩. وانظر قريباً منه في: الرازي، المحصول، ج٣ص٤٢٦. السمعاني، قواطع الأدلة، ج٢ص٣٠٧. الشاطبي، الموافقات، ج٤ص٤٢٦. الشوكاني، إرشاد الفحول، ج١ص٤١٩. ابن بدران، المدخل، ص٣٦٧.

(٢) دراز، هامش الموافقات، ج٤ص٤٦٣.

(٣) انظر مثلاً: المراجع السابقة.

(٤) راجع: الزنكي، الاجتهاد في مورد النص، ص١٩-٢٠.

المطلب الأول: العلاقة بين الاجتهاد والتحديد الذي جاء فيه نص

غنيٌّ عن القول إن بعض الأحكام الشرعية -بما فيها تلك التي تشتمل على التحديد- قد جاءت بها النصوص الشرعية على صورة يمكن لأدنى من له معرفة باللغة، أن يفهم معناها على الوجه الذي أراده الشارع من غير كلفة أو مشقة، ولذا كان هذا النوع غير داخل في مسمى الاجتهاد، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشافعي: "ما علمت أحداً من أهل العلم بالحديث قبلنا تكلف أن يروي عن النبي ﷺ أن الشهر المفروض صومه: شهر رمضان الذي بين شعبان وشوال؛ لمعرفتهم بشهر رمضان من الشهور...، ولا علمت أحداً من أهل العلم احتاج في المسألة عن شهر رمضان أي شهر هو؟ ولا هل هو واجب أو لا؟ "[1].

من هنا يمكنني أن أقول: إن مثل هذا النوع من التحديدات التي جاءت في النصوص الشرعية لا حاجة للاجتهاد فيها، ولذا كان خارجاً عن محل البحث هنا، أما الاجتهاد وأثره على النص في غير هذا النوع من التحديدات النصية فهو على قسمين:

الأول: الاجتهاد الذي لا يختص بالنصوص التي اشتملت على التحديد، وإنما هو مشترك بينها وبين غيرها من النصوص. ويندرج تحت هذا القسم أنواع الاجتهاد التالية[2]:

١ - بيان المعاني التي اشتمل عليها النص الشرعي بدلالاته المتعددة، مع بيان وجه الدلالة على كل معنى من هذه المعاني، وبيان مرتبه كل دلالة بالنسبة لغيرها من

(١) الشافعي، الرسالة، ص١٥٧-١٥٨.

(٢) معظم هذه الأنواع سبق لي ذكرها في مواطن متفرقة من الرسالة، ضمن سياقات أخرى، فاكتفيت هنا بإعادة ذكرها مع الإشارة إلى مواطن ذكرها فيما سبق، وذلك خشية التكرار.

دلالات النص، أو دلالات غيره من النصوص الأخرى، وإزالة التعارض الظاهري الذي يقع بينها، عن طريق تقديم المعنى الأقوى دلالة على غيره، بالإضافة إلى الاجتهاد في معرفة معاني الألفاظ الخفية بالبحث والتأمل وطلب الأمارات الدالة على المعنى المراد، من داخل النص ومن خارجه[1].

٢- واستخراج العلل والحكم والمعاني التشريعية، والمصالح المعتبرة، الكامنة وراء الأحكام التشريعية المستفادة من النص، وذلك عن طريق البحث والتأمل، وسلوك الطرق المعتبرة في الوصول إلى ذلك، مع معرفة ما يصلح منها لابتناء الأحكام، وما يصلح منها لغير ذلك.

٣- ومعرفة الوقائع والأحداث والأفعال التي تصلح محلاً للحكم الشرعي الذي جاء به النص، وتنـزيلها عليه، عن طريق البحث والتأمل في المحلات المختلفة، ثم التمييز بين المحل المشمول بحكم النص لاستيفائه لجميع شرائط الحكم وأوصافه، وبين غيره، مع التبصر الواعي بمآل التطبيق وما ينتج عنه من آثار ونتائج، ووزنها بالميزان الشرعي الذي شرع من أجله الحكم ابتداءً، للتحقق من عدم مناقضته له[2].

٤- ووضع الأسس والقواعد التشريعية العامة التي تستند بمجموعها إلى النص الشرعي وإلى ما استُنبط منه من أحكام ومعان، بحيث تكون هذه الأسس والقواعد هي الضمانة لتنفيذ حكم الشارع في الوقائع المختلفة على وجه صحيح، لتأكيد تناسقها وانسجامها، وعدم مناقضتها لبعضها البعض[3].

الثاني: الاجتهاد الذي فيه نوع من الخصوصية الناشئة من التعامل مع نص مشتمل

---

(١) راجع ص٢٦٢ من هذه الرسالة.

(٢) راجع ص١٧٣ من هذه الرسالة.

(٣) راجع ص٣٦٥ وما بعدها من هذه الرسالة.

على التحديد، مع كونه مستنداً بالجملة إلى واحد من أنواع الاجتهاد السابقة أو أكثر، وقد ظهرت لي منه - عن طريق تتبع كلام الفقهاء - الأنواع التالية:

أولاً: الاجتهاد في تحويل وسيلة التحديد التي جاء بها النص من وسيلة عامة إلى وسيلة خاصة.

الوسيلة العامة هي تلك التي حقيقتها وصف شرعي أقرب ما يكون إلى الضابط، كمراعاة العرف، وما دلت عليه اللغة، والتماثل ... الخ، في حين أن وسيلة الخاصة ليست كذلك، لأنها تظهر التحديد بصورته النهائية على شكل حدٍّ مضبوط وقاطع، كالأعداد والهيئات المخصوصة والمكاييل والأوزان ... الخ.

والذي يطالع كتب الفقه يلاحظ أن بعض الفقهاء قد اجتهد في تعيين مدلول الوسيلة العامة من وسائل التحديد في النص، أو المستنبطة منه، بحيث يعرف موجبها على صورة حد مضبوط وقاطع، في حين أن بعض الفقهاء لا يرتضي هذا الاجتهاد؛ باعتباره نوعاً من التحكم، أو التغيير لما جاء به النص. وفيما يلي مجموعة من النصوص الفقهية التي تؤيد هذا الكلام:

١ - ما جاء عند الحنفية في قولهم: "وقد اختلف الفقهاء في مدة الاعتكاف، فقال أبو حنيفة و محمد و أبو يوسف وزفر والشافعي: له أن يعتكف يوماً أو ما شاء (أي: أخذاً بما يدل عليه لفظ الاعتكاف لغةً وهو مطلق المكث) وذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يقول: الاعتكاف يوم و ليلة، ثم رجع وقال: لا اعتكاف أقل من عشرة، وقال عبيد الله بن الحسن: لا أستحب أن يعتكف أقل من عشرة أيام.

قال أبو بكر (يعني نفسه): تحديد مدة الاعتكاف لا يصح إلا بتوقيف أو اتفاق، وهما معدومان، فالموجب للتحديد متحكم قائل بغير دلالة"[1].

(١) الجصاص، أحكام القرآن، ج١ص٣٠٤.

٢-ما جاء عند المالكية في قولهم: " اعلم أن دفع المال (أي: إلى اليتيم) يكون بشرطين: إيناس الرشد، والبلوغ. فإن وُجِد أحدهما دون الآخر، لم يجز تسليم المال؛ كذلك نص الآية... إلا أن علماءنا شرطوا في الجارية دخول الزوج بها، وحينئذ يقع الابتلاء في الرشد... ثم زاد علماؤنا فقالوا: لا بد بعد دخول زوجها من مضي مدة من الزمان، تمارس فيها الأموال. قال ابن العربي: وذكر علماؤنا في تحديدها أقوالاً عديدة، منها: الخمسة أعوام، والستة، والسبعة في ذات الأب، وجعلوا في اليتيمة التي لا أب لها ولا وصي عليها عاماً واحداً بعد الدخول، وجعلوا في المولّى عليها مؤبداً حتى يثبت رشدها، وليس في هذا كله دليل ... والمقصود من هذا كله داخل تحت قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]، فتعين اعتبار الرشد، ولكن يختلف إيناسه بحسب اختلاف حال الراشد، فاعرفه وركب عليه، واجتنب التحكم الذي لا دليل عليه"[١].

٣- ما جاء عند الشافعية في قولهم: "وأما الاقتصار (أي: في المسح) على أقل جزء من أعلاه (أي: الخف) فوافقنا عليه الثوري وأبو ثور وداود، وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجب مسح قدر ثلاثة أصابع، وقال أحمد رحمه الله: يجب مسح أكثر ظاهره، وعن مالك مسح جميعه إلا موضع الغضون (أي: المثاني) ... واحتج أصحابنا بأن المسح ورد مطلقاً، ولم يصح عن النبي ﷺ في تقدير واجبه شيء، فتعين الاكتفاء بما ينطلق عليه الاسم... وأما الجواب عن دلائلهم فكلها تحكم لا أصل لشيء منها..."[٢].

٤- ما جاء عند الحنابلة في قولهم: "أما ما قرب من العامر، ولم يتعلق بمصالحه، ففيه (أي: في جواز إحيائه) روايتان: أحدها: يجوز إحياؤه ... والثانية: لا يجوز إحياؤه، وبه قال أبو حنيفة والليث، وإذا ثبت هذا فإنه لا حد يفصل بين القريب

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥ص٣٨-٣٩.

(٢) النووي، المجموع، ج١ص٥٨٨. وما بين القوسين من كلامي.

والبعيد سوى العرف، وقال الليث: حده غلوة[1]، وهي خمس الفرسخ[2]، وقال أبو حنيفة: حد البعيد هو الذي إذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه، لنا أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف، ولا يعرف بالرأي والتحكم، ولم يرد عن الشرع لذلك تحديد، فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف"[3].

والذي يلفت نظر الباحث هنا، أن فقهاء المذاهب مع اتفاقهم ظاهراً على إنكار مثل هذا النوع من الاجتهاد، إلا أنهم يمارسونه فعلاً، فما من مذهب إلا وفيه مثل هذه التحديدات، لذا فإن الباحث يرى أنه يجب التمييز بين نوعين من الوسائل العامة التي يراد تعين مدلولها بالوسائل الخاصة: فهناك نوع من الضوابط قد ورد في محلات لا يختلف موجبها (أي: الضوابط) باختلاف الأحوال والأزمنة، كتلك التي جاءت في العبادات وما شابه، وكتلك التي تضبط أمراً يستوي فيه الناس غالباً، كسن البلوغ والتمييز وما شابه، فهذه لا بأس في بيان مدلولها بالوسائل الخاصة، لأن في ذلك إعانة على فهم ومعرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بها، وخاصةً عند عامة الناس. وهناك نوع من الضوابط ليس بهذه الصورة، بل موجبه يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال، فمثل هذا لا يصح بيان مدلوله بالوسائل الخاصة، إلا عند التنـزيل على الوقائع الحاصلة بالفعل، والتي يراد معرفة الحكم الشرعي فيها بملابساتها التي وقعت فيها، فهذه يجوز إجراء الضابط فيها على ما حفت به من ملابسات؛ وهذه هي الحكمة من تشريعها على هذه الصورة. وفي هذا النوع يقول الإمام الجصاص: "كل ما كان حكمه مبنياً على العادات، فغير ممكن القطعُ به على وقت لا يجاوزه، ولا يقصر عنه إلا بتوقيف أو إجماع"[4].

وبناءً على ما تقدم فكل ما يُنقل عن الأئمة من تعيينات لهذا النوع من الضوابط،

(١) الغلوة لغةً: "قدر رمية بسهم". ابن الأثير، النهاية، ج٣ص٣٨٣.

(٢) ورد عند بعض المعاصرين تحديد الغلوة بـ ١٢٠-١٦٠ متراً. انظر: العيطة، فقه العبادات، ص٩٠.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٥ص٣٣٠.

(٤) الجصاص، أحكام القرآن، ج١ص٣٠٤.

فإنه يحمل على أنه تنـزيل منهم على وقائع خاصة جرت في زمانهم، لا على أنه حكم ثابت، والله تعالى أعلم.

ثانياً: الاجتهاد في تقريب وسيلة التحديد الخاصة التي استعملت في النص إلى الأفهام، عن طريق الاجتهاد في معرفة ما يقابل تلك الوسيلة من الوسائل الدارجة والمعروفة لدى الناس.

هذا النوع من الاجتهاد يختص بتوضيح المكاييل والموازين وسائر المقاييس التي استعملها الشارع في تحديد بعض المستحقات، وذلك عن طريق بيان ما يقابل هذه المقاييس مما تعارف عليه الناس بعد عصر الرسالة، فمن المعلوم أن وسائل ضبط الكيل والوزن وما شابهها وسائل عرفية اصطلاحية، وقد يتعارف الناس في عصر من العصور على ضبط هذه الأمور بوسائل يستحدثونها، وكثيراً ما تهجر الوسائل القديمة بحيث يصبح أكثر الناس لا يعرفون مؤداها، ولذا حرص الفقهاء في كل عصر من العصور على أن يبينوا للناس مؤدى المقاييس الواردة في النصوص، بما يفهمه الناس ويتعارفون عليه في ذلك العصر، حتى لا تضيع هذه التحديدات أو يستغلق على الناس فهمها، فتضيع الأحكام المبنية عليها[1].

ثالثاً: الاجتهاد في تغيير كيفية التحديد الواردة في النص بكيفية أخرى تساويها في المعنى، وما يترتب على ذلك من تغيير لوسيلة التحديد.

هذا النوع من الاجتهاد محله تلك المستحقات التي جاءت محدودة المقدار من قبل

(١) من أمثلة ذلك عند القدامى ما ألفه ابن رفعة الأنصاري، أبو العباس نجم الدين، الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان، (مكة المكرمة، جامعة أم القرى، ط١، ١٩٨٠م). وعند المحدثين: العسيلي، كامل، المكاييل والأوزان الإسلامية وما يعادلها في النظام المتري لفالتراهنتس (عمان، الجامعة الأردنية، ط١، ١٩٨٦م).

الشارع بكيفية معينة، كالكيل أو الوزن ثم يكون الاجتهاد فيها بتغير هذه الكيفية إلى كيفية أخرى كتحديد ما ورد في الشرع موزوناً بالكيل، وتحديد ما ورد في الشرع مكيلاً بالوزن.

فالفرق بين هذا الاجتهاد والاجتهاد في تقريب وسيلة التحديد: أن الثاني منهما لم تختلف فيه الكيفية التي حصل بها التحديد، بل بقي الموزون موزوناً والمكيل مكيلاً، ولكن الاختلاف جرى في التعبير عن هذا الكيل أو ذلك الوزن، أي في نوع الوسيلة المستخدمة للدلالة عليه. في حين أن هذا النوع من الاجتهاد جرى فيه تغيير لموضع التحديد من الحجم (الكيل) إلى الثقل (الوزن) أو العكس، مع المحافظة على المعنى الذي شرع من أجله كل من الكيل والوزن، ثم إن تغيّر الوسيلة هنا إنما يأتي تبعا لتغيّر موضع التحديد، ولذا كان تغييراً في جنس الوسيلة لا في نوعها.

وهذا النوع من الاجتهاد يقع على صورتين رئيسيتين من صور التحديد، فيما يلي بيانهما، وبيان حكم كل واحدة منهما:

الصورة الأولى: التحديدات التي جاء ذكرها في النصوص ابتداءً، بوصفها شرطاً لثبوت الحكم الشرعي في المستحق الذي وردت عليه، أي أن الغاية التي سيق من أجلها التحديد هو بيان المقدار التي يترتب على تحققه حكم من الأحكام الشرعية في هذا المستحق أو ذاك، كالأوسق الخمس في نصاب الزروع والثمار[1]، فإنها شرعت لبيان شرط من شروط وجوب الزكاة في أنواع منها، ومثلها المثاقيل العشرون التي لا بد من بلوغها لوجوب الزكاة، وغير هذا من المقادير المبينة وزناً أو كيلاً في الزكاة وأنواع الكفارات المختلفة.

---

(١) والتي جاء ذكرها فيما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة" رواه مسلم، كتاب الزكاة، حديث رقم ٩٧٩.

وحكم هذا النوع من التحديدات عند جمهور الفقهاء[1] أن يجري على الكيفية التي ثبت بها من قبل الشارع بلا تغيير ولا تبديل، فكل مستحق ثبت تحديده بالكيل فإن حكم الشارع يتعلق به حين بلوغه ذلك الكيل مهما زاد وزنه أو نقص تبعاً لاختلاف أنواعه وأصنافه، وكل مستحق ثبت تحديده بالوزن، فإن حكم الشرع يتعلق به إذا بلغ ذلك الوزن بغض النظر عما يبلغه في الكيل.

وتعليل هذا كما يظهر من كلامهم أن الشارع قد علق الحكم على هذه المقادير نصاً، فدل على أنه أرادها لذاتها لا لمعنى آخر فيها، ولذا لا يجوز العدول عن هذه النصوص إلى غيرها لما يترتب عليه من مخالفه لما أراده الشارع منها.

ولا يُشكل على هذا ما يطالعه الباحث في كتب الفقه المختلفة[2]، من تقديرٍ لبعض المكاييل بالوزن، لأن الفقهاء نصوا على أن هذا التقدير إنما هو للضبط، أي لضبط هذه المكاييل، وأما الحكم فباق على أصل ثبوته.

هذا الذي قدمته هو رأي جمهور الفقهاء، أما الإمام أبو حنيفة[3] وإمام الحرمين الجويني[4] فقد ذهبا إلى خلاف ذلك في المكيلات، فقالا باعتبار ما تبلغه المكاييل من الأوزان عادة، فإذا كـان النص الوارد في زكاة الفطر -مثلاً- هو وجوب إخراج صاع من طعام، فمعنى ذلك عندهم إخراج ما يزنه صاع من الطعام عادة، بالغاً ما بلغ من

---

(١) انظر: الكاساني، البدائع، ج٢ص٧٣. الدسوقي، الحاشية، ج١ص٤٧٧، ٥٠٥. ابن عبد البر، التمهيد، ج٢٠ص١٤٨. النووي، المجموع، ج٥ص٤١٩. النووي، الروضة، ج٢ص٣٠٢. ابن قدامة، المغني، ج٢ص٢٩٩، ٣٥٤.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٢ص٢٧٤. ابن الهمام، فتح القدير، ج٢ص٢٩٦.

(٤) انظر: النووي، المجموع، ج٥ص٤١٩.

الكيل، وقيل في توجيه كلام الإمام أبي حنيفة: " إن العلماء لما اختلفوا في أن الصاع[1] ثمانية أرطال أو خمسة وثلث، كان إجماعاً منهم على أن المعتبر الوزن، إذ لا معنى لاختلافهم فيه إلا إذا اعتبر به"[2].

والذي يراه الباحث أن هذا التعليل ضعيف مقابل ما ذكره جمهور الفقهاء، فقد ظهر من كلامهم أن تقدير الصاع بالأرطال (أي بالوزن) إنما هو لضبط الصاع لا لضبط المقدار الواجب إخراجه، ثم إن في هذا القول مخالفة للقاعدة الأصولية المتفق عليها، والتي تقول: "لا يجوز أن يستنبط من النص معنى يعود على أصله بالبطلان"[3]، وخاصةً أن أصحاب هذا القول لا يقولون بجواز التقدير بالوزن، كما يجوز التقديربالكيل الذي جاء به النص، بل يقولون: إن الوزن هو المراد دون الكيل.

الصورة الثانية: التحديدات التي أمر الشارع المكلفين بإيقاعها على وجه معين حال ممارستهم لبعض أنواع العقود والتصرفات، مع بيان المعنى الذي قصده من ذلك.

ولهذه الصورة مثالان رئيسيان ناقشهما الفقهاء بالتفصيل، الأول في باب السلم والثاني في باب الربا، وسأعرض كل منهما بالتفصيل.

المسألة الأولى: تحديد كمية المعقود عليه في عقد السلم:

الأصل في اعتبار التحديد والأمر به في عقد السلم، هو قول النبي ﷺ: "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[4]، وعلة هذا الأمر هو معرفة المقدار

---

(١) الصاع عند بعض المعاصرين: مكيال مكعب طول ضلعه ١٤،٦ سم. انظر: العيطة، فقه العبادات، ص٣٦٥. وعليه فهو يعادل: ٣،١٢ لتر تقريباً.

(٢) انظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج٢ص٢١٢.

(٣) انظر: الأسنوي، التمهيد، ج١ص٣٧٣. ابن أمير الحاج، التقرير والتجبير، ج٣ص٣٤٦.

(٤) سبق تخريجه.

الذي وقع عليه العقد وتمييزه عن غيره. يقول الإمام الشوكاني: "وقع الإجماع على اشتراط معرفة صفة الشيء المسلم فيه، على وجه يتميز بتلك المعرفة عن غيره"(١).

فإذا ثبت هذا، فموضع المسألة هنا هو معرفة الكيفية التي يتم بها تحديد المقدار الذي وقع عليه العقد، هل هي كيفية محددة بالنص فلا يجوز الخروج عليها أم غير هذا؟

قبل أن أسوق كلام الفقهاء في هذه المسألة، أبين هنا أنه لم يرد نص صريح عن النبي ﷺ في الكيفية التي تحدد بها أنواع المعقود عليه هنا، بل ورد أن الناس كانوا يتعارفون على كيلِ بعض الأشياء دون وزنها، وعلى وزنِ بعضها الآخر دون الكيل، فأقرهم على ذلك، وهذا بمثابة النص عند من يقول به. أما آراء الفقهاء في المسألة ففيها توجهان:

الأول: يرى عدم وجوب التقيد بكيفية معينة، فأي كيفية تم بها تحديد مقدار المسلم فيه على وجه صحيح مؤد للغرض فهي جائزة، حتى ولو خالفت ما كان معهوداً زمن النبي ﷺ ، أو خالفت العرف السائد زمن العقد، فيجوز ضبط ما هو مكيل بالوزن، وضبط ما هو موزون بالكيل، إذا تحقق به المقصود.

وتعليل هذا عندهم أن الغرض من التحديد هنا هو معرفة قدر المعقود عليه، ورفع جهالته، على وجه يؤدي إلى إمكان التسليم بلا تنازع، فأي كيفية حصل بها المراد فهي صحيحة.

وهذا هو مذهب الحنفية(٢) والمالكية(٣) والشافعية(٤)، ورواية عند الحنابلة رجحها

(١) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥ص٣٤٤.

(٢) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥ص٢٠٨.

(٣) انظر الدسوقي، الحاشية، ج١ص٤٤٧.

(٤) انظر: الشافعي، الإمام محمد بن إدريس، الأم (بيروت: دار المعرفة، ط٢، ١٣٩٣هـ) ج٣ص١٢٧. النووي، الروضة، ج٤ص١٤.

بعض أئمتهم[1]، على شيء من التفصيل بينهم.

الثاني: يرى وجوب التقيد بالكيفية المنصوص عليها، أي التي كان عليها الأمر في عهد النبي ﷺ ، فما نص على تقديره بالكيل فلا يجوز التعاقد عليه بالوزن، وكذا العكس، حتى لو جرى بذلك العرف، وتعليل ذلك عندهم : أن المسلم فيه "مبيع يشترط معرفة قدره فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الأصل، كبيع الربويات بعضها ببعض، ولأنه قدَّر المسلم بغير ما هو مقدر به في الأصل، فلم يجز كما لو أسلم في المذروع وزناً"[2].

وهذا مروي عن الإمام أحمد[3]، وهو وجه ضعيف عند الشافعية[4]. والذي يبدو للباحث هنا هو رجحان التوجه الأول، لما فيه من التيسير على الناس في معاملاتهم المختلفة، خاصة مع تغيّر العرف في كثير من المكيلات و الموزونات، إضافة إلى ضعف ما تمسك به الفريق الثاني، إذ لا دليل على عدم جواز العدول عن الأصل إلى المعنى المراد منه، وهو هنا العلم بالمقدار على وجه صحيح، فهذا هو مقتضى القياس الذي يقول به جمهور الفقهاء، ولا يخالف فيه إلا الظاهرية.

وأما القياس على الربويات فهو قياس مع الفارق، لأن "شرط جواز السلم كون المسلم فيه معلوم القدر، والعلم بالقدر كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن، وأما شرط الكيل والوزن في الأشياء التي ورد الشرع فيها باعتبار الكيل والوزن في بيع العين بمثلها ثبت نصاً، فكان بيعها بالكيل أو الوزن مجازفة فلا يجوز، أما في باب السلم

---

(١) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣ص٢٩٨.

(٢) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٤ص١٩٣.

(٣) انظر المرجع السابق.

(٤) انظر: النووي، الروضة، ج٤ص١٤.

فاعتبار الكيل والوزن لمعرفة مقدار المسلم فيه وقد حصل"[1].

وأما قولهم: "كما لو أسلم في المذروع وزناً" فغير مستقيم، لأن هذه الصورة لا يقول بها أصحاب الفريق الأول لعدم تحقق المعنى المقصود من التحديد فيها، ولذا كان شرط العدول عندهم أن يتحقق الضبط بالكيفية المعدول إليها عما ورد به النص.

المسألة الثانية: تحديد كمية البدلين في باب الربا:

الأصل في اعتبار التحديد والأمر به في العقد الصرف هو قول النبي ﷺ : "الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد، ..."[2].

وموضع الشاهد في هذا الحديث هو قوله ﷺ : "مثلاً بمثل، سواءً بسواء" فهو يدل على وجوب المماثلة بين البدلين إذا كانا من جنس واحد من الأجناس المذكورة[3]، ولا تعرف المماثلة هنا إلا بالتحديد الصحيح لمقدار كلا البدلين كما هو ظاهر.

بناءً على ما سبق فإن موضع البحث هنا هو معرفة الكيفية التي يتوصل بها إلى هذا التحديد الذي هو وسيلة لمعرفة التماثل بين البدلين، هل هي كيفية منصوصٌ عليها أم غير ذلك؟ للفقهاء في هذه المسألة توجهات ثلاثة:

الأول: وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[4]، والمالكية[5] والشافعية[6]

---

(١) الكاساني، البدائع، ج٥ص٢٠٨.

(٢) رواه مسلم في الصحيح، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم ١٥٨٤.

(٣) انظر: النووي، شرح صحيح مسلم، ج١١ص٩، ونقل الإجماع عليه.

(٤) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦ص١٤٠. ابن الهمام، فتح القدير، ج٧ص٣٦٠.

(٥) انظر: الدسوقي، الحاشية، ج٣ص٥٣. المواق، التاج والإكليل، ج٤ص٣٦٠.

(٦) انظر: النووي، شرح صحيح مسلم، ج٣ص٢٨١. الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ص٢٥.

والحنابلة(١)، حيث رأوا أن كيفية التحديد أمر يتبع فيه النص، فما نصّ عليه النبي ﷺ أنه موزون فلا يجوز بيعه بمثله إلا وزناً وما نص على أنه مكيل فلا يجوز بيعه بمثله إلا كيلاً. ولهم على ذلك الأدلة التالية:

١-اتباع النص، فالأحاديث التي جاءت في الربا أجازت بيع المال الربوي بجنسه على شروط خاصة، منها تحقق التماثل في البدلين، وذلك عن طريق تماثل الوزن في الموزون، وتماثل الكيل في المكيل، فهذا ما جرى به العرف آنذاك لمعرفة التماثل، فمن خالف ذلك فقد خرج عن المشروع، لفقدان شرط من شروط المشروعية.

ومما يؤيد هذا الوجه من الاستدلال أن بعض الأحاديث قد نصت على الوزن في بعض الأصناف دون الكيل، كما نصت على الكيل في أصناف أخرى دون الوزن، طريقاً لمعرفة التماثل، ومن ذلك حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه، والذي فيه: " الذهب بالذهب وزناً بوزن، والفضة بالفضة وزناً بوزن، والبر بالبر كيلاً بكيل، والشعير بالشعير كيلاً بالكيل، والتمر بالتمر، والملح بالملح، فمن زاد أو استزاد فقد أربى"(٢).

٢-إن المساواة المعتبرة فيما يحرم فيه التفاضل هي المساواة الشرعية ولا عبرة بعد

---

(١) انظر: ابن قدامة، المغني، ج٤ص٣٣. البهوتي، كشاف القناع، ج٣ص٢٥٤. ابن مفلح، المبدع، ج٤ص١٣١.

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى، ج٥ص٢٩١. و الطحاوي، أحمد بن محمد، شرح مشكل الآثار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٣٩٩هـ)ج٤ص٤. وله شاهد من حديث أبي سعيد الخدري رواه أبوحنيفة، انظر: الأصبهاني، أحمد بن عبد الله، مسند أبي حنيفة (الرياض: مكتبة الكوثر، ط١، ١٤١٥هـ) ج١ص١٨٣. وقال الحافظ ابن حجر عن حديث البيهقي: "سنده صحيح". التلخيص الحبير (المدينة المنورة: د.م، د.ط، ١٣٨٤هـ) ج١ص٨. وقال ابن الملقن: "سنده جيد". تحفة المحتاج، ج٢ص٢١٠.

ذلك بأنواع المساواة الأخرى.

٣-"ولأنه متى باع رطلاً من المكيل برطل، حصل في الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل، فيختلفان في الكيلَ وإن لم يتحقق التفاضل، إذ الجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل"[١].

ومما يجدر ذكره هنا أن أصحاب هذا التوجه يرون أن أي صنف لم يرد نص في كيفية تحديده، فإنه يرجع فيه إلى عرف الناس، إلا أن الشافعية[٢] يشترطون قبل الرجوع إلى العرف معرفة ما كان سائداً في الحجاز في زمن النبي ﷺ ، فإن عرف على وجه صحيح منضبط فهو المعتبر، وإلا رجع إلى عرف الناس زمن العقد، بشرط أن يكون العرف جارياً على أمر صحيح مؤد للغرض، وهو ضبط الكمية وتحديدها، ولذا قالوا: إن ما كان أكبر جرماً من التمر فالعبرة فيه بالوزن، لأنه يتجافى في الكيل.

الثاني: وإليه ذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية، من أن العبرة في كيفية التحديد بما جرى عليه العرف، ولو خالف المنصوص "لأن النص على ذلك الكيل في الشيء أو الوزن فيه، ما كان في ذلك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك بذاك، وقد تبدلت فتبدل الحكم"[٣].

الثالث: وإليه ذهب بعض الفقهاء[٤]، ومال إليه الإمام ابن عبد البر من المالكية[٥]،أن العبرة في الموزونات الواردة عن الشارع هو الوزن، ولا يصار فيها إلى

---

(١) ابن مفلح، المبدع، ج٤ص١٣١.

(٢) انظر: النووي، الروضة، ج٣ص٢٨١. الدمياطي، إعانة الطالبين، ج٣ص١٣.

(٣) ابن الهمام، فتح القدير، ج٧ص١٥.

(٤) هكذا ذكره ابن حجر في الفتح، ج٣ص٤٠٠، والصنعاني في سبل السلام، ج٣ص٣٩، من غير نسبة معينة.

(٥) انظر: ابن عبد البر، التمهيد، ج٢ص٢٤٣.

الكيل، لكن المكيلات يجوز أن يصار فيها إلى الوزن، لأن "المماثلة تدرك بالوزن في كل شيء"[1].

ويلاحظ هنا أن هذا التوجه داخل بالجملة في رأي الإمام أبي يوسف، لأن عرف الناس -فيما أعلم- لم يتغير في الموزونات، بل تغير في المكيلات، فلا فرق عملياً بين مؤدى الرأيين.

هذا وقد نوقش رأي الإمام أبي يوسف بأن "تقريره ﷺ إياهم (أي: الناس) على ما تعارفوا عليه من ذلك بمنـزلة النص منه عليه، فلا يتغيّر بالعرف لأن العرف لا يعارض النص"[2]. ورُد هذا الاعتراض بأن" هذا (الكلام) لا يلزم أبا يوسف، لأن قصاراه أنه كنصه على ذلك، وهو يقول: يصار إلى العرف الطارئ بعد النص بناءً على أن تغيُّر العادة يستلزم تغير النص، حتى لو كان ﷺ حياً لنص عليه ...، فإذا تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها إلى عادة أخرى تغير النص، والله أعلم"[3].

أما ما استدل به جمهور الفقهاء على قولهم من أن كيفية التحديد أمر يتبع فيه النص فتمكن مناقشة بما يلي:

١- قولهم إن النص قد ربط المشروعية بالكيل في المكيل والوزن بالموزون الصحيح، ولكن يرد عليه السؤال التالي: هل هذا أمر تعبدي؟ أم أمر معقول المعنى؟ فإن قالوا: تعبدي، فهم بحاجة إلى إقامة الدليل، لأن الأصل في المعاملات -كما هو رأي المحققين من الأصوليين[4]- هو المعقولية وليس التعبد، وإذا ثبتت المعقولية، فإن

---

(١) ابن حجر، فتح الباري، ج٤ص٤٠٠.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير، ج٧ص١٥.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر: الشاطبي، الموافقات، ج١ص٢٨٥.

علة النص ظاهرة، وهي التماثل في المقدار، كما وردت بذلك النصوص، وبه قال جمهور الفقهاء أيضاً، وهذا التماثل يتحقق بكيل المكيل كما يتحقق بوزنه أيضاً، فبأي وجد حصل مراد النص فإن المشروعية تثبت.

٢- قولهم: إن المساواة المعتبرة هي المساواة في المعيار الشرعي. يجاب عنه بأن المساواة وصف حسيٌّ لا شرعي، بدليل أنكم أحلتم في كيفية تحققها فيما لا نص فيه إلى العرف، ولو كانت وصفاً شرعياً لألحقتم غير المنصوص بالمنصوص عن طريق القياس، فإذا ثبت هذا فإن أي وسيلة تعرف بها المساواة حساً فهي معتبرة شرعاً.

٣- قولهم: "ولأنه متى باع رطلاً..."إلخ. يجاب عنه بأنه متى ثبت أن المساواة تحصل -بين مقدارين من القمح مثلاً- بالكيل أو بالوزن على حد سواء، فإنه لا بد من اعتبار أحدهما وإهمال الآخر في بعض الحالات، فكما قد يختلف الكيل مع تساوي الوزن -وهذا هو وجه اعتراضكم- قد يختلف الوزن مع تساوي الكيل -وهذا ما لا ترون فيه بأساً- ولذا كان تحقق المساواة من جميع الوجوه غير ممكن دائماً، فصح الاكتفاء بأحدهما.

من هنا فإنه يظهر للباحث رجحان مذهب الإمام أبي يوسف ومن معه لقوة دليله، و ضعف ما تمسك به الفريق الأول.

المطلب الثاني: العلاقة بين الاجتهاد والتحديد الذي لا نص فيه

لتوضيح العلاقة بين الاجتهاد والتحديد الذي لا نص فيه، لا بد لي من التمييز بين ثلاثة مسائل في هذا الخصوص:

المسألة الأولى: أن يكون المحل الذي يراد تحديده قد ورد في كلام الشارع أو في كلام المكلف خالياً من نص خاص في تحديده، وفي هذا النوع يلجأ المجتهد لمعرفة التحديد إلى أحد أمرين: الأول هو اللغة، والثاني هو العرف، فهذا هو مقتضى

القاعدة: "كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف"(١). وقد سبق لي أن بينت في كيفية الاستفادة من العرف في التحديد(٢)، وأريد هنا أن أبين كيفية الاستفادة من اللغة في ذلك، فأقول:

إن اللفظ الذي يدل على ثبوت الاستحقاق في محل من المحلات، لا يخلو من أن يكون لفظاً مطلقاً أو مقيداً، أما المقيد فهو الذي قام دليل خاص على تحديد المراد منه، وهو القيد الذي استفاد به هذا الوصف، وعليه فإنه يُعمل باللفظ وبالقيد الذي أضيف إليه، بحسب ما يقتضيانه من معنىً؛ إذ لا فائدة للتقييد إلا هذا.

وأما اللفظ المطلق فإنه يعمل به على إطلاقه، فحيث انطبقت دلالته اللغوية على محل من المحلات –مع عدم قيام صارف له عن هذه الدلالة–كان ذلك المحل هو المستحق الذي أراده الشارع، ثم إن حدود هذه المستحق تتحدد بمقتضى اللغة أيضاً، فما شملته اللغة منه فهو متضمن في حدوده، وما لم تشمله فهو ليس كذلك، ويبقى الحكم على هذه الصورة إلى أن يقوم دليل معتبر يخالف هذا الأصل، وعندها يلحق بالمقيد، وهذا هو مقتضى القاعدة التي تقول: "المطلق يبقى على إطلاقه حتى يقوم دليل عل تقيده"(٣).

ومن الأدلة على ما تقدم، ما جاء في تفسير قوله تعالى على لسان موسى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]، يقول الإمام الجصاص في هذه الآية: "وقوله ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً﴾ قد دل على جواز ورود الأمر بذبح بقرةٍ غير معروفة ولا

---

(١) السيوطي، الأشباه، ص٦٩.

(٢) راجع الفصل الثاني من الباب الثالث ص٢١٧ من هذه الرسالة.

(٣) انظر: الشيرازي، اللمع، ص٤٣. الجصاص، الفصول، ج١ص٢٣١. البركتي، قواعد الفقه، ص١٢٤.

موصوفة، ويكون المأمور مخيراً في ذبح أدنى ما يقع الاسم عليه"[1]، وما جاء في تفسير الآية التي بعدها: ﴿ قَالُوا ادْعُ لَنَا رَبَّكَ يُبَيِّن لَّنَا مَا هِيَ ﴾ [البقرة: ٦٨]، يقول الإمام القرطبي: "هذا تعنيت منهم وقله طواعية، ولوا امتثلوا الأمر وذبحوا أي بقرةٍ كانت لحصل المقصود، لكنهم شددوا على أنفسهم فشدد الله عليهم، قاله ابن عباس وأبو العالية وغيرها، ونحو ذلك روى الحسن البصري عن النبي ﷺ "[2].

ومن الأمثلة الفقهية على ما تقدم :

١- ما جاء عند الحنفية في قولهم: "ولم يذكر في ظاهر الرواية حد الوجه، وذكر في رواية الأصول أنه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن إلى شحمتي الأذنين، وهذا تحديد صحيح، لأنه تحديد لشيء بما ينبئ عنه اللفظ لغة، لأن الوجه اسم لما يواجه به الإنسان، أو ما يواجه إليه عادة والمواجهة تقع بهذا المحدود، فوجب غسله... "[3].

٢- ما جاء عند الشافعية في قولهم: "والأيمان إنما ينظر فيها إلى اللغة إن لم يعارضها عرف شرعي أو عادي" [4].

٣- ما جاء عند الحنابلة في تفسير بعض الأيمان في قولهم: " فإن عدم العرف رجع إلى اللغة، فمن حلف ... لا يتغدى! فأكل بعد الزوال، أو لا يتعشى! فأكل بعد نصف الليل، أو لا يتسحر! فأكل قبله لم يحنث حيث لا نية، لأن الغداء مأخوذ من الغدوة، وهي من طلوع الفجر إلى الزوال، والعشاء من العشي وهو من الزوال إلى نصف

---

(١) الجصاص، أحكام القرآن، ج١ص٤١. وانظر مثل هذا المعنى في: الرازي، المحصول، ج٣ص٢٩١.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١ص٤٤٨.

(٣) الكاساني، البدائع، ج١ص٣.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج٤ص٣٤٢.

الليل، والسحور من السحر وهو من نصف الليل إلى طلوع الفجر""[1].

٤- ما قاله الإمام الشوكاني: "والحاصل في المسألة أن القرآن الكريم قد دل على عدم المؤاخذة في يمين اللغو، وذلك يعم الإثم والكفارة، فلا يجب أحدهما، والمتوجه الرجوع في معرفة معنى "اللغو" إلى اللغة العربية، وأهل بيته صلى الله عليه وسلم أعرف الناس بمعاني كتاب الله تعالى، لأنهم مع كونهم من أهل اللغة، قد كانوا من أهل الشرع ... فكان الحق فيما نحن بصدده هو أن "اللغو": ما قالته السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها""[2]. أي: في تعريفها له حيث قالت هو: قول الرجل: لا والله! بلى والله!.

المسألة الثانية: أن يكون المحل الذي يراد تحديده لم يرد في كلام الشارع نصاً، ولكن الاستحقاق فيه قد ثبت عن طريق القياس فهنا يجب على المجتهد أن ينقل التحديد الذي ثبت في الأصل المقيس عليه إلى هذا الفرع الذي لا نص فيه، لأن التحديد إما يكون حكماً أو وصفاً لحكم ثبت بالنص في الأصل، ومن شروط القياس كما هو مقرر عند الأصوليين[3]: أن لا يتغير حكم الأصل عند تعديته إلى الفرع. ونقل التحديد هذا -فيما يظهر لي- نوعان:

الأول: النقل التام، وهو الذي يتم فيه نقل التحديد صورة ومعنىً إلى الفرع المقيس، ولا يكون هذا إلا عند من يرى جواز إثبات التحديد التشريعي بالقياس، وهم جمهور الفقهاء على ما تقدم[4].

---

(١) ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل (الرياض: مكتبة المعارف، ط٢، ١٤٠٥هـ) ج٢ص٣٩٣-٣٩٤.

(٢) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٩ص١٣٣-١٣٤.

(٣) السبكي، الإبهاج، ج٣ص١٦٣. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج٣ص١٨١.

(٤) راجع الفصل الثاني من الباب الثالث، ص٢٠٨ من هذه الرسالة.

ومثال هذا النوع: التحديد الثابت في عقوبة شرب النبيذ إذا قلنا: إنها ثبتت بالقياس على عقوبة شرب الخمر لا بالنص، فهذه العقوبة حددت عند من يقول بها من الفقهاء بالجلد ثمانين أو أربعين، على خلاف بينهم، وهذا التحديد قد ثبت بالأصل لعقوبة شرب الخمر، وتم نقله وتعديته إلى شرب النبيذ كما هو، من غير تعديل ولا تأويل، لعدم قيام موجب لذلك، ولإمكان النقل إلى المحل الجديد صورة ومعنىً.

الثاني: النقل غير التام، وهو الذي يتم فيه نقل التحديد معنىً لا صورة، إلى الفرع المقيس، ويكون هذا في بعض الصور التي يرى فيها بعض الفقهاء جواز استبدال المستحق المذكور في النص الشرعي بمستحق آخر غير مذكور فيه عن طريق القياس(1).

ومثال هذا النوع: تحديد الدراهم التي يجوز إخراجها في صدقة الفطر -مثلاً- بدلاً عن صاع القمح الذي ورد فيه النص، فإن النص لم يرد في إخراج الدراهم فضلاً عن تحديدها بمقدار معين، لكن الذين قالوا بجواز إخراجها بالقياس، لجؤوا في ذلك إلى المعنى الثابت في الأصل، وهو القيمة المالية، فقالوا: ما أوجبه التحديد في الأصل من قيمة مالية لا بد أن يتحقق في الدراهم التي يراد إخراجها، وبناء على ذلك تحدد، وفي هذا نقل للمعنى الذي أوجبه التحديد في الأصل دون نقل لصورته وهي الصاع.

المسألة الثالثة: أن يكون المحل الذي يراد تحديده غير وارد في كلام الشارع نصاً، ولكن الاستحقاق فيه قد ثبت عن طريق الأخذ بالمصالح المرسلة أو التفسير المصلحي للنصوص، فهنا يجب على المجتهد أن يجتهد في تحديد هذا المستحق بكيفية أو كمية مضبوطة تكفل عند العمل به تحقق المصلحة على وجهها الصحيح الذي شرع الحكم من أجله ابتداءً، وقد سبق لي التمثيل على هذا في مسألتي: الضرائب والتسعير(2).

---

(1) راجع الفصل الأول من الباب الرابع، ص٢٦٨ من هذه الرسالة.

(2) راجع الفصل الثاني من الباب الثالث، ص٢٢٨. و الفصل الأول من الباب الرابع، ص٢٧٣ وما بعدها من هذه الرسالة.



الخــاتمة

مع وصول هذه الرسالة إلى نهايتها، وبعد فراغي من معالجة أبوابها وفصولها ومسائلها المختلفة، فإنني أود الإشارة إلى أهم النتائج التي وصلت إليها في هذه الرسالة، مع تسجيل بعض التوصيات التي أرجو الله تعالى أن تكون نافعة لغيري من الباحثين.

وشروعاً في ذلك أقول: إن هذه الدراسة في حقيقتها تقوم على بيان النظرية العامة التي اعتمدها الفقه الإسلامي من أجل ضبط وتحديد محل الحق بأنواعه المختلفة، وبيان ما يترتب على ذلك من أحكام؛ ذلك أن مفردات هذا المنهج التشريعي مبثوثة في مدونات الفقه الإسلامي المختلفة، عند بيان أنواع الحقوق المختلفة، مما دعا الباحث إلى جمعها وإعادة تشكيلها وترتيبها، لتخرج على صورة نظرية فقهية متكاملة. وقد كان من أهم ما توصل إليه الباحث في دراسته هذه ما يلي:

١- إن صياغة النظريات الفقهية، التي تعالج الأفكار التشريعية العامة التي يقوم عليها الفقه الإسلامي، من أهم الأمور التي تعين على فهم هذا العلم الجليل، وتعطيه المكانة التي يستحقها بين سائر العلوم، بشرط أن يلتزم الباحثون بمنهجية علمية دقيقة أثناء البحث والتنقيب عن هذه النظريات.

٢- مدلول "النظرية الفقهية" كما يفهم من كلام الباحثين المعاصرين هو: مجموعة من الأحكام الفقهية المجردة، المستنبطة من القواعد والفروع الفقهية ذات الصلة بموضوع تشريعي واحد، المرتبة ترتيباً علمياً منهجياً بقصد بيان الفكرة التشريعية الكلية الجامعة لتلك القواعد والفروع.

٣- "تحديد المستحقات" مركب إضافي يقصد به: البيان الذي يتميز به الأمر الذي صح شرعاً أن ترد عليه سلطة ممنوحة من الشرع على وجه الاختصاص.

٤- فكرة "تحديد المستحقات" من الأفكار التشريعية العامة التي تستمد أصولها من الكتاب والسنة، وتمتد تشعباتها في فروع الفقه الإسلامي وقواعده ونظرياته، وهذا ما أهلها لأن تصاغ على شكل نظرية فقهية متكاملة.

٥- المستحقات في الفقه الإسلامي لا تخرج عن أربعة أنواع رئيسية هي: الإنسان، والأعيان، والديون، والأعمال. أما أسباب ثبوتها -وهي: الأسباب المباشرة التي تربط بين السلطة الممنوحة شرعاً لصاحب الحق وبين المستحق الذي هو محل هذه السلطة وموضعها- فهي خمسة أسباب: حكم الشرع، والعقد، والتصرف الانفرادي، والفعل النافع، والتعدي على حق الغير.

٦- التحديد الذي يقع على المستحقات يمكن تقسيمه باعتبارات مختلفة، أهمها باعتبار وظيفته التشريعية، التي تقسمه إلى قسمين: تحديد تشريعي وتحديد تنـزيلي، أما التحديد التشريعي فهو: ذلك التحديد الذي حقيقته حكم فقهي عام ينطبق على الصور المختلفة للمستحقات التي تدخل ضمن نطاقه، وأما التحديد التنـزيلي فهو: ذلك التحديد الذي ينشأ من تطبيق قاعدة تشريعية عامة من قواعد التحديد على مستحق ثبت دخوله ضمن هذه القاعدة.

٧- مصادر ثبوت التحديد هي: الأصول المعتبرة شرعاً في استمداد التحديد التشريعي والتحديد التنـزيلي، ومصادر التحديد التشريعي هي: النص الشرعي، والإجماع، والقياس، وقول الصحابي، والاستصحاب. أما مصادر التحديد التنـزيلي فهي: العرف، والمصلحة، وقول أهل الخبرة، والفعل الذي نشأ عنه الاستحقاق، وسلطان ولي الأمر، وأمور أخرى ترجع إلى المكلف كلفظه وحاله ونيته...الخ. ولكل مصدر من هذه المصادر طريقته في الإدلاء بالتحديد أو الكشف عنه.

٨- كيفية تحديد المستحقات هي: الطريقة المعتبرة شرعاً في الإبانة عن حدود

المستحق، وفي فهم الوسائل التي دلت على هذه الحدود، وهذه الطريقة تختلف باختلاف السبب الذي ثبت به المستحق وباختلاف نوع المستحق الثابت. أما وسائل التحديد فهي: الأدوات التي يعبَّر بها تعبيراً صحيحاً عن حدود المستحق، وهي على نوعين: وسائل عامة ووسائل خاصة.

٩- مع أن التحديد حكم شرعي بحد ذاته، إلا أن الفقه الإسلامي علق بعض الأحكام الشرعية العامة به كمفهوم، وذلك من أجل حمايته وضمان أدائه للوظيفة التي شرع من أجلها عموماً، وهذه الأحكام منها ما يتعلق بإقامته ابتداءً، ومنها ما يتعلق به بعد إقامته وإبانته للمكلفين.

١٠-للاجتهاد الفقهي المعتبر دور كبير في تقرير أحكام هذه النظرية ومبادئها العامة، مما يضمن لها-شأن غيرها من الأحكام- القدرة على التعامل مع الوقائع المختلفة والمتنوعة والمتجددة بكفاءة واقتدار.

هذا ما يتعلق بأهم النتائج، أما التوصيات التي يراها الباحث فهي:

١- يوصي الباحث الجامعات والكليات المختصة بتدريس العلوم الشرعية وبخاصة العلوم الفقهية، أن تولي مزيداً من الاهتمام بتدريس النظريات الفقهية المختلفة، للمساعدة في تكوين الملكة الفقهية عند الطلاب بصورة علمية منهجية.

٢- يرى الباحث ضرورة وضع إطار منهجي صحيح لاستخراج النظريات الفقهية وصياغتها، لتكون منسجمة مع المنهجية العامة للعلوم في هذا المجال، مع مراعاة خصوصية هذا العلم وطرق البحث في تراثه الأصيل.

٣- يوصي الباحث طلاب الدراسات العليا والأساتذة المشرفين عليهم، أن يتوجهوا إلى استخراج المزيد من النظريات الفقهية الأصيلة من الفقه

الإسلامي، بعيداً عن أسلوب المحاكاة والمماثلة للعلوم القانونية، ونظرياتها الوضعية.

٤- يرى الباحث إمكانية الخروج بدراسة شاملة لتحديد المستحقات في القوانين المدنية العربية والإسلامية، المستمدة من الشريعة الإسلامية، والتي تمثل جانباً مهماً من جوانب الفقه الإسلامي في وقتنا المعاصر.

٥- يوصي الباحث بإجراء المزيد من الدراسات الفقهية التأصيلية لموضوع تنـزيل الأحكام الفقهية، فهذا الجانب من الفقه الإسلامي ما زال بحاجة إلى دراسات شاملة تبرزه بطريقة صحيحة تبعد عنه جميع أشكال الإفراط والتفريط.

وختاماً أقول: إن هذه الدراسة يمكن اعتبارها محاولة لإبراز إحدى النظريات الفقهية، التي ما زال فقهنا الإسلامي العظيم يزخر بها في أبوابه و مباحثه المتعددة، تلك النظريات التي تشكل الروح التشريعية التي تسري في جوانب هذا العلم الواسع، فتبين جودة بنائه وعظمة بانيه، كما يمكن عدها محاولة لتعميق البحث في فكرة الحق في الفقه الإسلامي، تلك الفكرة التي تشكل البنية الأساسية للنظام الحقوقي فيه، على اختلاف مباحثه وموضوعاته.

أقول قولي هذا والحمد لله رب العالمين.



قائمة المراجع والمصادر

أولاً: الكتب باللغة العربية:

١ - القرآن الكريم.

٢- إبراهيم، أحمد إبراهيم. **الالتزامات في الشرع الإسلامي**. القاهرة: دار الأنصار، د.ط، ١٣٦٤هـ.

٣- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد. **الكتاب المصنف**. الرياض: مكتبة الرشيد، ط١، ١٤٠٩هـ.

٤- ابن أبي يعلى، محمد. **طبقات الحنابلة**. بيروت: دار المعرفة،د.ت، د.ط.

٥- ابن الأثير، المبارك بن محمد. **النهاية في غريب الحديث والأثر**. بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٩٩هـ.

٦- ابن بدران، عبد القادر الدمشقي. **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد**. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٠١هـ.

٧- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم. **السياسة الشرعية**. بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت.

٨- ________. **قاعدة العقود**- المنشورة بعنوان نظرية العقد. بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت.

٩- ________. **القواعد النورانية**. بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٣٩٩هـ.

١٠- ________.**كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه**. الرياض: مكتبة ابن تيمية، د.ط، د.ت.

١١- ابن تيمية، عبد السلام وعبد الحليم وأحمد. **المسودة في أصول الفقه**. القاهرة: دار المدني، د.ط، د.ت.

١٢- ابن الجارود، عبد الله بن علي. **المنتقى من السنن المسندة**. بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط١، ١٤٠٩هـ.

١٣- ابن حبان، أبو حاتم البستي. **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان**. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٤هـ.

١٤- ابن حزم، علي بن أحمد. **الإحكام في أصول الأحكام**. القاهرة: دار الحديث، ط١، ١٤٠٤هـ.

١٥- ________. **مراتب الإجماع**. بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، د.ت.

١٦- ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت.

١٧- ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي. **الأشباه والنظائر**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ.

١٨- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد. **منار السبيل**. الرياض: مكتبة المعارف، ط٢، ١٤٠٥هـ.

١٩- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر. **حاشية رد المحتار على الدر المختار**.بيروت: دار الفكر،ط٢، ١٣٨٦هـ.

٢٠- ________. **مجموعة رسائل ابن عابدين**. بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت.

٢١- ابن عاشور، محمد الطاهر. **مقاصد الشريعة**. د.م: البصائر للإنتاج العلمي، ط١، ١٤١٨هـ.

٢٢- ابن عبد الشكور، محب الله. **مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت**. بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٣٢٢هـ.

٢٣- ابن العربي، أبو بكر بن محمد بن عبد الله. **عارضة الأحوذي لشرح صحيح الترمذي**. بيروت: دار الكتاب العربي، د.ط، د.ت.

٢٤- ابن فارس، أبو الحسين أحمد. **معجم المقاييس في اللغة**. بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤١٥هـ.

٢٥- ابن فرحون، إبراهيم بن علي. **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**. بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت.

٢٦- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد. **المغني شرح مختصر الخرقي**. بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٥هـ.

٢٧- ________. **روضة الناظر وجنة المناظر**. الرياض: جامعة الإمام، ط٢، ١٣٩٩هـ.

٢٨- ________. **الكافي**. بيروت: المكتب الإسلامي، ط٥، ١٤٠٨هـ.

٢٩- ابن القيم، محمد بن أبي بكر. **إعلام الموقعين عن رب العالمين**. بيروت: دار الجيل، د.ط، ١٣٩٣هـ.

٣٠- ________. **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**. القاهرة: مطبعة المدني، د.ط، د.ت.

٣١- ابن كثير، إسماعيل بن عمر. **تفسير القرآن العظيم**.بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤٠١هـ.

٣٢- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد. **المبدع**. بيروت: المكتب الإسلامي، د.ط، ١٤٠٠هـ.

٣٣- ابن مفلح، محمد بن مفلح. **الفروع**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ.

٣٤- ابن الملقن، عمر بن علي. **تحفة المحتاج بتخريج أحاديث المنهاج**. مكة المكرمة: دار حراء، ط١، ١٤٠٦هـ.

٣٥- ابن المنذر، محمد بن إبراهيم. **الإجماع**. الإسكندرية: دار الدعوة، ط٣، ١٤٠٢هـ.

٣٦- ابن منظور، جمال الدين محمد. **لسان العرب**. بيروت: دار صادر، د.ط، د.ت.

٣٧- ابن نجيم، زين الدين إبراهيم. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت.

٣٨- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد. **فتح القدير شرح الهداية**. بيروت: دار الفكر، ط٢، د.ت.

٣٩- أبو البصل، عبد الناصر. **في فقه القانون المدني الأردني**. عمان: دار النفائس، ط١، ١٤١٩هـ.

٤٠- أبو داود، سليمان بن الأشعث. **سنن أبي داود**. بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت.

٤١- أبو زهرة، محمد. **أصول الفقه الإسلامي**. القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، د.ت.

٤٢- ________. **العقوبة**. القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، د.ت.

٤٣- ________. **الملكية ونظرية العقد**. القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ١٣٩٧هـ.

٤٤- أبو سنه، أحمد فهمي. **النظريات العامة للمعاملات/ نظرية الحق**. القاهرة: دار التأليف، د.ط، ١٣٨٧هـ.

٤٥- أبو عبيد، القاسم بن سلام الهروي. **غريب الحديث**. بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ١٣٩٦هـ.

٤٦- أبو غدة، عبد الستار. **الخيار وأثره في العقود**. جدة، مجموعة دلة البركة، ط٢، ١٤٠٥هـ.

٤٧- أبو غنيمة، عبد العزيز عبد القادر. **الالتزام العيني بين الشريعة والقانون**. القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٣٩٢هـ.

٤٨- أبو يعلى، أحمد بن علي. **المسند**. دمشق: دار المأمون، ط١، ١٤٠٤هـ.

٤٩- إسماعيل، عبد الحميد أبو المكارم. **الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي**. القاهرة: دار المسلم، د.ط، ١٤٠٤هـ.

٥٠- أمير بادشاه، محمد أمين. **تيسير التحرير**. بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت.

٥١- الأزهري، صالح بن عبد السميع. **الثمر الداني شرح رسالة القيرواني**. بيروت: المكتبة الثقافية، د.ط، د.ت.
٥٢- الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن. **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٠هـ.
٥٣- الأشقر، عمر سليمان. **تاريخ الفقه الإسلامي**. الكويت: مكتبة الفلاح، ط١، ١٤٠٢هـ.
٥٤- ________. **نظرات في أصول الفقه**. عمان: دار النفائس، ط٢، ١٤١٩هـ.
٥٥- الأصبحي،الإمام مالك بن أنس. **المدونة الكبرى**. بيروت، دار صادر، د.ط، د.ت.
٥٦- الأصبهاني، أحمد بن عبد الله. **مسند أبي حنيفة**. الرياض: مكتبة الكوثر، ط١، ١٤١٥هـ.
٥٧- الأصفهاني، الراغب. **المفردات في غريب القرآن**. بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت.
٥٨- الآمدي، سيف الدين. **المبين عن معاني ألفاظ الحكماء والمتكلمين**/ نشرت تحت اسم اصطلاحات الفلاسفة. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ط، ١٤٠٤هـ.
٥٩- الأنصاري، زكريا بن محمد. **الحدود الأنيقة**. بيروت: دار الفكر المعاصر، ط١، ١٤١١هـ.
٦٠- الأنصاري، عبد العلي بن محمد. **فواتح الرحموت**/ بهامش المستصفى. بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٣٢٢هـ.
٦١- بابكر الحسن، خليفة. **مناهج الأصوليين في طرق دلالات الألفاظ على الحكام**. القاهرة: مكتبة وهبة، ط١، ١٤٠٩هـ.
٦٢- الباجي، سليمان بن خلف. **المنتقى من شرح الموطأ**. القاهرة: مكتبة السعادة، ط١، ١٣٣٢هـ.
٦٣- البجيرمي، سليمان بن عمر. **الحاشية**. دياربكر: المكتبة الاسلامية، د.ط، د.ت.
٦٤- البخاري، محمد بن إسماعيل. **الصحيح**. بيروت: دار ابن كثير، ط٣، ١٤٠٧هـ.
٦٥- بدران، أبو العينين بدران. **بيان النصوص التشريعية: طرقه وأنواعه**. الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د. ط، ١٤٠٣هـ.
٦٦- ________. **تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود**. القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، د.ت.
٦٧- البركتي، محمد عميم الإحسان. **قواعد الفقه**. كراتشي: الصدف للنشر، ط١، ١٤٠٧هـ.
٦٨- البزدوي، عبد العزيز بن أحمد. **كشف الأسرار عن أصول البزدوي**. بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ١٤١١هـ.
٦٩- البغدادي، غانم بن محمد. **مجمع الضمانات**. بيروت: عالم الكتب، د.ط، ١٤٠٧هـ.
٧٠- البهوتي، منصور بن يونس. **كشاف القناع عن متن الإقناع**. بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤٠٢هـ.
٧١- البورنو، محمد صدقي. **موسوعة القواعد الفقهية**. الرياض: مكتبة التوبة، ط٢، ١٤١٨هـ.
٧٢- البيانوني، محمد أبو الفتح. **الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية**. دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٠٩هـ.
٧٣- البيه، محسن. **شرح القانون المدني الكويتي - نظرية الحق**. الكويت: مكتبة الصفار، ط١، ١٤٠٩هـ.
٧٤- البيهقي، أحمد بن الحسين. **السنن الكبرى**. مكة المكرمة: دار الباز، د.ط، ١٤١٤هـ.
٧٥- ________. **شعب الإيمان**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٠هـ.
٧٦- الترمذي، محمد بن عيسى. **سنن الترمذي**. بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، د.ت.

٧٧- التفتازاني، مسعود بن عمر. **شرح التلويح على التوضيح**. بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د. ت.
٧٨- التلمساني، محمد بن أحمد. **مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول**. بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٤٠٣هـ.
٧٩- التهانوي، محمد علي. **كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**. بيروت: مكتبة لبنان، ط١، ١٤١٦هـ.
٨٠- الجرجاني، علي بن محمد. **التعريفات**. بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٥هـ.
٨١- الجصاص، أحمد بن علي. **أحكام القرآن**. بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، ١٤٠٥هـ.
٨٢- ________. **الفصول في الأصول**. الكويت: وزارة الأوقاف، ط١، ١٤٠٥هـ.
٨٣- جمعة، علي. **المدخل**. القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ١٤١٧هـ.
٨٤- جمعية المجلة. **مجلة الأحكام العدلية**. استنبول: كارخانه تجارت كتب، د.ط، د.ت.
٨٥- الحراني، أحمد بن حمدان. **صفة الفتوى**. بيروت: المكتب الإسلامي، ط٣، ١٣٩٧هـ.
٨٦- حسان، حسين حامد. **فقه المصلحة وتطبيقاته**. جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط١، ١٤١٤هـ.
٨٧- ________. **نظرية المصلحة**. القاهرة: مكتبة المتنبي، د.ط، ١٤٠١هـ.
٨٨- الحسن، خليفة بابكر. **الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين**. القاهرة: مكتبة عابدين، ط١، ١٤٠٧هـ.
٨٩- الحسني، إسماعيل. **نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور**. فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ١٤١٦هـ.
٩٠- الحسني، عبد الحكيم. **الإجمال والبيان وأثرهما في اختلاف الفقهاء**. القاهرة: د.م، د.ط، ١٤٠٣هـ.
٩١- حسنين، حسنين محمد. **العرف و العادة**. دبي: دار القلم، ط١، ١٤٠٨هـ.
٩٢- حسين، أحمد فراج ورفيقه. **النظريات العامة في الفقه الإسلامي**. بيروت: دار النهضة، د.ط، ١٤١٣هـ.
٩٣- الحصكفي،أحمد بن علي. **الدر المختار**. بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٨٦هـ.
٩٤- الحطاب، محمد بن محمد. **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٠٤هـ.
٩٥- الحطاب، محمد بن يوسف. **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**. بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٩٨هـ.
٩٦- حمد، أحمد. **الإجماع بين النظرية والتطبيق**. الكويت: دار القلم، ط٢، ١٤٠٣هـ.
٩٧- الحملاوي. **شذا العرف في فن الصرف**. القاهرة: المطبعة الأميرية، د.ط، ١٣٣٠هـ.
٩٨- الحموي، أحمد بن محمد. **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ.
٩٩- الحموي، ياقوت بن عبد الله. **معجم البلدان**. بيروت: دار الفكر، د. ط، د. ت.
١٠٠- الحنبلي، ابن رجب. **جامع العلوم والحكم**. بيروت: المكتبة العصرية، ط٢، ١٤١٥هـ.
١٠١- حيدر، علي. **درر الأحكام شرح مجلة الأحكام**. بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت.
١٠٢- الخرشي، محمد بن عبد الله. **حاشية على الشرح الكبير**. بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت.

١٠٣- الخضري، محمد. أصول الفقه. بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٨هـ.
١٠٤- الخفيف، علي. أحكام المعاملات الشرعية. القاهرة، دار الفكر العربي، ط٣، د.ت.
١٠٥- ______. الضمان في الفقه الإسلامي. القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، د.ط، ١٣٩١هـ.
١٠٦- ______. الملكية في الشريعة الإسلامية. بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ١٤١٠هـ.
١٠٧- خلاف، عبد الوهاب. علم أصول الفقه. الكويت: دار القلم، ط٢٠، ١٤٠٦هـ.
١٠٨- الدارقطني، علي بن عمر. السنن. بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٣٨٦هـ.
١٠٩- الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن. سنن الدارمي. بيروت: دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٧هـ.
١١٠- الدردير، أحمد أبو البركات. الشرح الكبير. بيروت: دار الفكر، د.ت، د.ط.
١١١- الدريني، محمد فتحي. بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٤هـ.
١١٢- ______. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٤هـ.
١١٣- ______. المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي. بيروت: الشركة المتحدة للتوزيع، ط٢، ١٤٠٥هـ.
١١٤- ______. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٤، ١٤٠٨هـ.
١١٥- ______، وآخرون. حق الابتكار في الفقه الإسلامي. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٤هـ.
١١٦- الدمياطي، السيد البكري. إعانة الطالبين على حل ألفاظ المعين. بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت.
١١٧- الدواليبي، محمد معروف. المدخل إلى علم أصول الفقه. الرياض: دار الشواف، ط١، ١٤١٥هـ.
١١٨- الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان. سير أعلام النبلاء. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٩، ١٤١٣هـ.
١١٩- الرازي، محمد بن عمر. المحصول في علم الأصول. الرياض: جامعة الإمام محمد ابن مسعود، ط١، ١٤٠٠هـ.
١٢٠- الرافعي، عبد الكريم بن محمد. الشرح الكبير. المدينة المنورة: المكتبة السلفية، د.ط، د.ت.
١٢١- الريسوني، أحمد. نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي. الرباط، دار الأمان، ط١، ١٤١١هـ.
١٢٢- الزحيلي، محمد. النظريات الفقهية. دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٤هـ.
١٢٣- الزحيلي، وهبه. الفقه الإسلامي وأدلته. دمشق: دار الفكر، ط٣، ١٤٠٤هـ.
١٢٤- ______. نظرية الضمان. دمشق: دار الفكر، د.ط، ١٤٠٢هـ.
١٢٥- ______، ورفيقه. مباحث الحكم الشرعي. الكويت: مكتبة الفلاح، ط١، ١٤١٠هـ.
١٢٦- الزرقا، مصطفى أحمد. العقود المسماة في الفقه الإسلامي - عقد البيع. دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٢٠هـ.
١٢٧- ______. الفعل الضار والضمان فيه. دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٠٩هـ.
١٢٨- ______. الفقه الإسلامي ومدارسه. دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٦هـ.
١٢٩- ______. المدخل الفقهي العام. دمشق: دار الفكر، ط٦، د.ت.
١٣٠- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي. شرح الموطأ. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ.

١٣١- الزركشي، محمد بن بهادر. **البحر المحيط**. الكويت: وزارة الأوقاف، ط٢، ١٤١٢هـ.
١٣٢- ________. **خبايا الزوايا**. بيروت: وزارة الأوقاف، ط١، ١٤٠٢هـ.
١٣٣- ________. **المنثور في القواعد**. الكويت: وزارة الأوقاف، ط٢، ١٤٠٥هـ.
١٣٤- الزيلعي، عبد الله بن يوسف. **نصب الراية لأحاديث الهداية**. القاهرة: دار الحديث، د.ط، ١٣٥٧هـ.
١٣٥- السبكي، علي بن عبد الكافي. **الإبهاج في شرح المنهاج**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٤هـ.
١٣٦- السرخسي، محمد بن علي. **أصول السرخسي**. بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٣٧٢هـ.
١٣٧- سعد، محمد توفيق. **سبل الاستنباط من الكتاب والسنة**. القاهرة: مطبعة الأمانة، د.ط، ١٤٢٣هـ.
١٣٨- السعدي، محمد صبري. **تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية**. القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٣٩٩هـ.
١٣٩- السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد. **قواطع الأدلة في الأصول**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٧هـ.
١٤٠- السمين الحلبي، أحمد بن يوسف. **عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ**. بيروت: عالم الكتب، ط١، ١٤١٤هـ.
١٤١- السنهوري، عبد الرزاق. **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤١٧هـ.
١٤٢- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن. **الأشباه والنظائر**. د.م: دار الكتب الإسلامية، د.ط، د.ت.
١٤٣- ________. **تدريب الراوي**. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، د.ط، د.ت.
١٤٤- سوار، محمد وحيد الدين. **الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية بدولة الإمارات**. العين: جامعة الإمارات، د.ط، ١٤٠٩هـ.
١٤٥- الشاطبي، أبو إسحاق. **الموافقات**. بيروت: دار المعرفة، د.ط، د.ت.
١٤٦- الشافعي، الإمام محمد بن إدريس. **أحكام القرآن**. بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، ١٤٠٥هـ.
١٤٧- ________. **الأم**. بيروت: دار المعرفة، ط٢، ١٣٩٣هـ.
١٤٨- شحاته، محمد عبد الوهاب. **المصدر الصناعي في العربية**. مصر: دار غريب للطباعة، د.ط، د.ت.
١٤٩- شحادة، محمد وجيه. **المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام**. حلب: جامعة حلب، د.ط، ١٤٠٢هـ.
١٥٠- الشربيني، محمد الخطيب. **مغني المحتاج لحل ألفاظ المنهاج**. بيروت: دار الفكر، د.ت، د.ط.
١٥١- الشرنبلالي، حسن وفائي. **نور الأيضاح ونجاة الأرواح**. دمشق: دار الحكمة، د.ط، ١٤٠٥هـ.
١٥٢- الشرواني، عبد الحميد. **حاشية على تحفة المحتاج**. بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت.
١٥٣- الشريف، شرف بن علي. **الإجارة الواردة على عمل الإنسان: دراسة مقارنة**. جدة: دار الشروق، ط١، ١٤٠٠هـ.
١٥٤- شعبان، زكي الدين. **أصول الفقه الإسلامي**. الكويت: جامعة الكويت، د.ط، د.ت.
١٥٥- شلبي، مصطفى. **المدخل إلى الفقه الإسلامي**. بيروت: الدار الجامعية، ط١٠، ١٤٠٥هـ.
١٥٦- ________. **تعليل الأحكام**. بيروت: دار النهضة العربية، ط٢، ١٤٠١هـ.

١٥٧- الشوكاني، محمد بن علي. **إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول**. بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤١٢هـ.

١٥٨- ________. **السيل الجرار**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ.

١٥٩- ________. **نيل الأوطار**. بيروت:دار الجيل، د.ط، ١٣٩٣هـ.

١٦٠- ________. **فتح القدير**. بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت.

١٦١- الشيباني، الإمام أحمد بن حنبل. **المسند**. القاهرة: مؤسسة قرطبة، د.ط، د.ت.

١٦٢- الشيرازي، إبراهيم بن علي. **التنبيه**. بيروت: عالم الكتب، ط١، ١٤٠٣هـ.

١٦٣- ________. **اللمع في أصول الفقه**. بيروت: دار الكتب العليمة، ط١، ١٤٠٥هـ.

١٦٤- ________. **المعونة في الجدل**. الكويت: جمعية إحياء التراث الإسلامي، ط١، ١٤٠٧هـ.

١٦٥- ________. **المهذب**. بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت.

١٦٦- الصابوني، عبد الرحمن ورفاقه. **المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي**. القاهرة: مكتبة وهبة، ط١، ١٤٠٢هـ.

١٦٧- صليبا، جميل. **المعجم الفلسفي**. بيروت: دار الكتاب اللبناني، د.ط، ١٤٠٣هـ.

١٦٨- الصنعاني، عبد الرزاق بن الهمام. **المصنف**. بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٣٠٤هـ.

١٦٩- الصنعاني، محمد بن إسماعيل. **سبل السلام شرح بلوغ المرام**. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٤، ١٣٧٩هـ.

١٧٠- الضرير، الصديق محمد الأمين. **الغرر وأثره في العقود**. بيروت: دار الجيل، ط٢، ١٤١٠هـ.

١٧١- الطبراني، أحمد بن سليمان. **المعجم الصغير**. بيروت: المكتب الإسلامي، د.ط، ١٤٠٥هـ.

١٧٢- ________. **المعجم الكبير**. الموصل: مكتبة العلوم والحكم، ط٢، ١٤٠٤هـ.

١٧٣- الطبري، محمد بن جرير. **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**. بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤٠٥هـ.

١٧٤- الطحطاوي، أحمد بن محمد. **حاشية على مراقي الفلاح**. القاهرة: مطبعة البابي الحلبي، ط٣، ١٣١٨هـ.

١٧٥- طويلة، عبد الوهاب عبد السلام. **أثر اللغة في اختلاف المجتهدين**. القاهرة: دار السلام، د.ط، ١٤١٤هـ.

١٧٦- عامر، عبد العزيز. **التعزير في الشريعة الإسلامية**. القاهرة: دار الفكر العربي، ط٤، ١٣٨٩هـ.

١٧٧- العبادي، عبد السلام داود. **الملكية في الشريعة الإسلامية: طبيعتها ووظيفتها وقيودها**. عمان: مكتبة الأقصى، ط١، ١٣٩٣هـ.

١٧٨- عبد الباقي، محمد فؤاد. **المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم**. بيروت: مكتبة التراث الإسلامي، د.ط، د.ت.

١٧٩- عبد البرّ، محمد زكي. **التصرفات والوقائع الشرعية**. الكويت: دار القلم، ط١، ١٤٠٢هـ.

١٨٠- عبد الفتاح، عبد الباقي. **نظرية العقد والإرادة المنفردة**. القاهرة: مطبعة نهضة مصر، د.ط، ١٤٠٤هـ.

١٨١- عبد الفتاح، مراد. **موسوعة البحث العلمي**. الإسكندرية: الكرنك للكمبيوتر، د.ط، د.ت.

١٨٢- عبد القادر، عبد الرحمن محمد. **الوسيط في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي**. القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٤١٣هـ.

١٨٣- عثمان، محمد رأفت، ورفيقه. **النظريات العامة في الفقه الإسلامي**. دبي: دار القلم، ط١، ١٤٠٦هـ.
١٨٤- العثمان، محمد بن راشد. **أحكام الأجل في الفقه الإسلامي**. الرياض: د.م، ط٢، ١٤١٧هـ.
١٨٥- العدوي، علي الصعيدي. **حاشية على شرح الرسالة**. بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤١٢هـ.
١٨٦- عز الدين، عبد العزيز بن عبد السلام. **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**. بيروت: دار الكتب العلمية، د. ط، د. ت.
١٨٧- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر. **فتح الباري**. بيروت: دار المعرفة، د.ط، ١٣٧٩هـ.
١٨٨- ______. **التلخيص الحبير**. المدينة المنورة: د.م، د.ط، ١٣٨٤هـ.
١٨٩- عضد الدين والملة. **شرح مختصر المنتهى**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٣هـ.
١٩٠- العطار، عبد الناصر توفيق. **نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية**. القاهرة: مطبعة السعادة، د.ط، ١٣٩٨هـ.
١٩١- عطية، جمال الدين. **التنظير الفقهي**. المدينة المنورة: مطبعة المدينة، د.ط، ١٤٠٧هـ.
١٩٢- العظيم آبادي، محمد شمس الحق. **عون المعبود**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤١٥هـ.
١٩٣- عودة، عبد القادر. **التشريع الجنائي**. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١٤، ١٤١٨هـ.
١٩٤- العيطة، درية. **فقه العبادات**. دمشق: مطبعة الصباح، ط٢، ١٤١٠هـ.
١٩٥- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد. **المستصفى**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٣هـ.
١٩٦- ______. **المنخول**. دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٠هـ.
١٩٧- ______. **الوسيط**. القاهرة: دار السلام، ط١، ١٤١٧هـ.
١٩٨- ______. **أساس القياس**. الرياض: مكتبة العبيكان، د. ط، ١٤١٣هـ.
١٩٩- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب. **القاموس المحيط**. بيروت: دار الرسالة، ط٥، ١٤٠٦هـ.
٢٠٠- فيض الله، محمد فوزي. **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام**. الكويت: مكتبة التراث الإسلامي، ط١، ١٤٠٣هـ.
٢٠١- الفيومي، أحمد بن محمد. **المصباح المنير**. بيروت: مكتبة لبنان، د.ط، ١٤٠٧هـ.
٢٠٢- قاسم، يوسف. **مبادئ الفقه الإسلامي**. القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، ١٤٠٣هـ.
٢٠٣- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. **شرح تنقيح الفصول**. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ط٢، ١٤١٤هـ.
٢٠٤- القرطبي، محمد بن أحمد. **الجامع لأحكام القرآن**. القاهرة: دار الشعب، ط٢، ١٣٧٢هـ.
٢٠٥- القره داغي، علي محيي الدين. **قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي**. القاهرة: دار الاعتصام، ط١، ١٤١٣هـ.
٢٠٦- ______. **مبدأ الرضا في العقود**. بيروت: دار البشائر، ط١، ١٤٠٥هـ.
٢٠٧- القشيري، مسلم بن الحجاج. **صحيح مسلم**. بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت.
٢٠٨- القضاة، نوح علي سلمان. **إبراء الذمة من حقوق العباد**. بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٠٧هـ.
٢٠٩- ______. **قضاء العبادات والنيابة فيها**. عمان: مكتبة الرسالة الحديثة، ط١، ١٤٠٣هـ.
٢١٠- قلعه جي، محمد رواس، ورفيقه. **معجم لغة الفقهاء**. بيروت: دار النفائس، ط٢، ١٤٠٨هـ.
٢١١- القونوي، قاسم بن عبد الله. **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**. جدة: دار الوفاء، ط١، ١٤٠٦هـ.

٢١٢- الكاساني، علاء الدين. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. بيروت: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤٠٣هـ.

٢١٣- الكرابيسي، أسعد بن محمد. **الفروق**. الكويت: وزارة الأوقاف، ط١٤٠٢،١هـ

٢١٤- الكزني، محمد أحمد. **نظرية الاستحقاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني**. القاهرة: مكتبة النهضة، د.ط، د.ت.

٢١٥- الكندي. **رسالة في حدود الأشياء ورسومها**-طبعت ضمن كتاب معجم المصطلحات العلمية العربية. دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤١٠هـ.

٢١٦- كيره،حسن. **المدخل إلى القانون**. بيروت: مكتبة مكاوي، د.ط، ١٣٩٧هـ.

٢١٧- لجنة القانون المدني الأردني. **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني**. عمان: نقابة المحامين، د.ط، د.ت.

٢١٨- المباركفوري، أبو العلا. **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**. بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت.

٢١٩- مجمع اللغة العربية بمصر. **المعجم الفلسفي**. القاهرة: الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، د.ط، ١٣٩٩هـ.

٢٢٠- المحلي، محمد بن أحمد. **شرح جمع الجوامع**. القاهرة: مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٣٥٦هـ.

٢٢١- محمصاني، محمد صبحي. **النظرية العامة للموجبات والعقود**. بيروت: دار العلم للملايين، ط٣، ١٤٠٤هـ.

٢٢٢- مدكور، محمد سلام، ورفاقه. **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**. القاهرة: الدار العربية للموسوعات، د.ط، ١٣٩٨هـ.

٢٢٣- مدكور، محمد سلام. **مناهج الاجتهاد بالرأي**. الكويت: جامعة الكويت، ط١، ١٣٩٣هـ.

٢٢٤- المرغيناني، علي بن أبي بكر. **الهداية شرح بداية المبتدي**. بيروت: المكتبة الإسلامية، د.ت، د.ط.

٢٢٥- المقري، محمد بن محمد. **القواعد**. مكة المكرمة: جامعة أم القرى، د.ط، د.ت.

٢٢٦- المناوي، محمد بن عبد الرؤوف. **التوقيف على مهمات التعاريف**. دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤١٠هـ.

٢٢٧- المواق، محمد بن يوسف. **التاج والإكليل لمختصر خليل**. بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٩٨هـ.

٢٢٨- **موسوعة الفقه الإسلامي**. القاهرة: دار الكتاب المصري، د.ط، ١٣٩١هـ.

٢٢٩- **الموسوعة الفقهية**. الكويت: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، ط١٤١٠،٢هـ.

٢٣٠- الموصلي، عبد الله بن محمود. **الاختيار لتعليل المختار**. القاهرة: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت.

٢٣١- الناهي، صلاح. **محاضرات عن القانون المدني العراقي**. القاهرة: معهد الدراسات العربية العالية، د. ط، ١٣٧٩هـ.

٢٣٢- النجار، عبد الله مبروك. **الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون**. القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ١٤١١هـ.

٢٣٣- النجار، عبد المجيد عمر. **خلافة الإنسان بين الوحي والعقل**. بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٠٧هـ.

٢٣٤- ـــــــــــ. **في فقه التدين فهماً وتنزيلاً**. الدوحة: رئاسة المحاكم الشرعية، ط٢، ١٤١٠هـ.

٢٣٥- ________. **قضايا البيئة من منظور إسلامي**. قطر: وزارة الأوقاف، مركز البحوث والدراسات، ١٤١٩ هـ.
٢٣٦- الندوي، علي بن أحمد. **القواعد الفقهية**. دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٤هـ.
٢٣٧- النسفي، عبد الله بن أحمد. **شرح المنار**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٦هـ.
٢٣٨- النفراوي، أحمد بن غنيم. **الفواكه الدواني**. بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤٠٥هـ.
٢٣٩- النووي، يحي بن شرف. **آداب الفتوى**. دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٠٨هـ.
٢٤٠- ________. **المجموع شرح المهذب**. بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤١٧هـ.
٢٤١- ________. **تحرير التنبيه**. دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٠٨هـ.
٢٤٢- ________. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**. بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٥هـ.
٢٤٣- ________. **شرح صحيح مسلم**. بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٣٩٢هـ.
٢٤٤- ________. **الأربعون النووية وشرحها**. القاهرة: المطبعة السلفية ومكتبتها، د.ط، د.ت.
٢٤٥- النيسابوري، الحاكم محمد بن عبد الله. **المستدرك على الصحيحين**. بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١هـ.
٢٤٦- الهيثمي، علي بن أبي بكر. **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**. القاهرة: دار الكتاب العربي، د.ط، ١٤٠٧هـ.
٢٤٧- وهبة ،مراد. **المعجم الفلسفي**. مصر: دار الثقافة الجديدة، ط٣، ١٣٩٩هـ.
٢٤٨- ياسين، محمد نعيم. **نظرية الدعوى**. عمان: وزارة الأوقاف، د.ط، د.ت.

ثانياً: الكتب باللغة الإنجليزية:

249- Husein. S. K. **A Treatise on Right and Duty.** Delhi: Delhi Law House, 1984.
250- Lacey. A. R. **A Dictionary of Philosophy.** London: Routledge, 1991.
251- Mautner. T. **A Dictionary of Philosophy.** London: Blackwell, 1996.
252- Nyazee. I. A. K. **Theories of Islamic Law.** Islamabad: IIIT, 1994.

ثالثاً: المقالات والبحوث:

٢٥٣- الخفيف، علي. **"المنافع"**. مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث،ص٩٧-١٨٤، سنة٢٠، ١٣٦٩هـ.
254- Hill. E. **"Al-Sanhuri and Islamic Law".** Arab Law Quarterly (ALQ), 3 (1). 1988.
255- Saleh. N. **"Definition and Formation of Contract Under Islamic and Arab Laws"**. Arab law Quarterly (ALQ), 5 (2). 1990.

رابعاً: الرسائل الجامعية:

٢٥٦- الزنكي، نجم الدين قادر. **الاجتهاد في مورد النص**. رسالة ماجستير في الفقه وأصوله (غير منشورة)، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، سنة ١٤٢٠هـ.

ABSTRACT

This study explores the issue of the "Object of Right" (*al-Mustahaqq*), as one of the basis of the Right, especially its "Modes of Determination", in order to discover the general legislative concepts that govern it in its various aspects. These concepts are scattered within the various sources of Islamic law. Therefore, by bringing them together, this study attempts to formulate the "Theory of Determining the Object of Right".

The study uses the "Theory of Right" *(Nazariyat al-Haqq)* in Islamic Law as a general framework for analysis and treatment of this subject. The study adopts the inductive method to adduce the relevant branches and maxims of *fiqh,* with referenc to its original sources. Besides, it analyzes them in order to find out the legislative principles that govern these branches and maxims. Furthermore, the results of the analysis have been systematically presented to provide a comprehensive view of the issue.

The study brought out some general concepts regarding the "Object of Right" and its "Modes of Determination". Based on the definition of the "Object of Right" applied in this research, the study differentiates between the "Object of Right" and the "Content of Right". The former is an entity of Right rendered "Right-based", by virtue of certain authorities vested by Right in general, whereas the latter represents the authorities themselves vested by Right as well. Regarding the issue of the " Modes of Determination", the study pointed out two " Modes of Determination" as presented by Islamic Law: first, the "Legislative Mode of Determination", which is a general legal rule applicable to various types of "Object of Right" within its domain; second, the "Applicative Mode of Determination", which is resulted from applying any rule of the general Determination upon an Object within its domain.

This study concludes that, the distinction among the general concepts of the "Theory of Determining the Object of Right", contributes to Islamic law in two aspects: first, setting up the modes of determining the "Object of Right", according to the objectives of *Sharī'ah*; second, organizing the actions of subjects (people) while practicing the authorities granted to them by virtue of various Rights. However, the latter cannot be achieved without due consideration of *Ijtihād,* which helps adjust and clarify the above mentioned concepts, in proportion of the facts and circumstances, within which they operate.



الفهرس

الباب الثاني

الباب الثالث

الباب الرابع


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com